

جامعة النجاح الوطنية – نابلس
عمادة كلية الدراسات العليا

أحكام تضمين الصناع وأصحاب المهن
في
الفقه الإسلامي

مقدمة من الطالب :
وائل عبد الكريم حسن الحشاش

بإشراف
فضيلة الأستاذ الدكتور : أمير عبد العزيز رصرص
أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة / جامعة النجاح الوطنية

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير بقسم الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا.

جامعة النجاح الوطنية ــ نابلس ، فلسطين .
١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

بسم الله الرحمن الرحيم

نوقشت هذه الرسالة يوم الأربعاء، الثامن والعشرين من شعبان عام ١٤٢٢ هجري، الموافق للرابع عشر من تشرين الثاني عام ٢٠٠١.

وقد تألفت لجنة المناقشة من:

- الأستاذ الدكتور أمير عبد العزيز / رئيساً / جامعة النجاح الوطنية
- الدكتور ناصر الدين الشاعر / عضواً / جامعة النجاح الوطنية
- الدكتور شفيق عياش / عضواً / جامعة القدس

وفي نهاية المناقشة منح الطالب (وائل عبد الكريم الحشاش) درجة الماجستير في الفقه والتشريع.


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــــداء

- داعياً الله أن يمن بثواب هذا العمل - إلى روح والدي الحبيب الذي فارق هذه الدنيا منذ نعومة أظفاري.

إلى التي صبرت وكافحت حتى علمتني واخوتي ... أمي الحنون .

إلى التي وقفت إلى جانبي تحثني وتعينني ... زوجتي الغالية .

إلى أحبتي شهداء مجزرة نابلس أبي بكر وأبي مجاهد وأبي إبراهيم وأبي أيمن وعمر وعثمان .

أهدي هذه الرسالة.

شكر وتقدير

استجابة لقوله تعالى ﴿ بَلْ اللَّهَ فَاعْبُدْ وَكُنْ مِنْ الشَّاكِرِين ﴾ (١) وبعد حمده على جزيل نعمه وعظيم عطائه ، أرى لزاما علي أن أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الكبير إلى العلامة الجليل فضيلة الأستاذ الدكتور أمير عبد العزيز رصرص لتفضله مشكوراً بالإشراف على هذه الرسالة ،باذلاً جهده ، مضحياً بوقته الثمين ، كما وأشكره على صبره علي ورعايته وتوجيهه لي طيلة الفترة السابقة ، فجزاه الله خيراً وجعله ذخراً لأمته .

كما وأتقدم بالشكر الجزيل لفضيلة الأستاذين الكريمين ، فضيلة الدكتور شفيق عيّاش من جامعة القدس ،وفضيلة الدكتور ناصر الشاعر عميد كلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية ، اللذين تكرما بقبول مناقشة هذه الرسالة فجزاهما الله خيراً.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من قدم لي مساعدة من أجل اتمام هذه الرسالة .

(١) سورة الزمر آية ٦٦.

مسرد الموضوعات

ملخص الرسالة

اشـــتملت هــذه الرسالة على مقدمة وتمهيد وأربعة فصول ، حيث بينت في المقدمة ، أهميـــة الموضوع " تضمين الصناع " والأسباب التي دفعتني للكتابة فيه ، وضرورة اهتمام المسلمين بتطبيق الأحكام الشرعية التي تتعلق بالمعاملات بين الناس .

وأوضـــحت في التمهيد ، معنى الضمان ، لغةً ، واصطلاحاً ، وأسبابه ، ومشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع .

أمـــا الفصـــل الأول ، فقد تحدثت فيه عن رأي العلماء في تضمين الصنّاع ، إذ فرق العـــلماء بين الأجير الخاص ، والأجير المشترك ، فقد اتفقوا على القول بعدم تضمين الأجير الخـــاص ، بينما اختلفوا في تضمين الأجير المشترك " الصانع " ، وترجح عندي الرأي الذي يقول بتضمينه .

وذكـــرت في الفصل الثاني ، الحالات التي يضمن فيها الصانع ، ومتى يجوز للصانع حبس المصنوع لاستيفاء أجرته .

وأمـــا الفصـــل الـــثالث ، فتحدثت فيه عن ضمان وسائل النقل ، وتضمين الحمالين ، والمكارين ، والملاحين .

بينما أفردت الفصل الرابع للحديث عن جناية الصنّاع وأصحاب المهن ، على الآدمي وفصـــلت فيه القول في بيان تضمين الأطباء ، والأئمة، والمؤدبين ، والمعلمين ، وخلصت إلى نـــتيجة ، أنّ الأطـــباء لا يضـــمنون التلف الحاصل نتيجة العلاج ، إذا عرف منهم حذق الصـــنعة ، ولـــم تجن أيديهم ، أو يتعدوا ، أو يفرطوا ، وأذن لهم المريض بعلاجه ، فإذا لم يـــتوفر شرط من هذه الشروط فإنهم يضمنون . وبالنسبة للأئمة والمؤدبين ، فلا ضمان عليهم في التأديب المعتاد ، أما إذا تجاوز القدر المعتاد فإنه يضمن ذلك . وأما المعلم فلا ضمان عليه نـــتيجة ضربه المتعلم ، شرط أن يأذن له الولي بذلك ، وأن لا يتجاوز القدر المعتاد ، مع أنّ الأولى أنّ على المعلم الاجتهاد قدر الإمكان أن لا يضـرب أحداً .

وخـــتمت الرســـالة بالحديث عن الأحكام التي توصلت لها من خلال البحث ثم ذيلتها بتوصيات هامة ، أرجو من أصحاب الشأن أن يأخذوا بها .

المقدمة

إنّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتدي ، ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً .

واشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أنّ محمداً عبده ورسوله شهادة تنجي قائلها يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم .

والصلاة والسلام على رسولنا وقائدنا وقدوتنا محمد بن عبد الله وعلى اله وصحبه أجمعين والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

قال تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾[1].

أما بعد :

لعل من اعظم النعم وأجلها على الإنسان في هذه الحياة الدنيا أن يوفقه الله لمعرفة دينه والتفقه في شريعته ، فيكون ممن وضع الله عزّ وجل صفة الخيرية فيه ، مصداقاً لقول نبيه صلى الله عليه وسلّم : " من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين " [2] ، وتزداد هذه النعمة أكثر إذا أكرمه عزّ وجل بأن يكون سراجاً لغيره ، يبين ويوضح أحكام هذا الدين القويم .

وقد أنعم الله عز وجل علي بأن كنت تلميذاً متفقهاً في دينه عبر سنوات خلت ، وأرجو أن يتم نعمته علي بأن أضع مؤلفاً يكون سراجاً للمسلمين ، يوضح لهم بعض الأحكام التي يحتاجونها في معاشهم ، فيما يتعلق في قضايا المعاملات بين الناس ، خاصة وأنّ كثيراً من الناس – وكنتيجة مباشرة للجهل بأحكام الدين – لا يأبهون بتطبيق الأحكام الشرعية في معاملاتهم ، بل لعل البعض يظنون أنّ المعاملات لا تخضع للحكم الشرعي ، وإنما تحكمها تجارب الناس ورضا الطرفين ، ويقصرون مسألة الحلال والحرام في غالب الأحيان على القضايا المتعلقة بالعبادات ، أو التي فيها نصوص واضحة كالربا .

وقد اخترت أن تكون هذه الرسالة بعنوان " أحكام تضمين الصنّاع وأصحاب المهن في الفقه الإسلامي " سائلاً المولى عز وجل أن يوفقني لإتمامها ، وأن تكون في ميزان صالح

---

[1] سورة آل عمران ١٠٢.

[2] البخاري ،أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، ط ١٩٩٤م ، دار الفكر :بيروت ،كتاب العلم ،حديث رقم ٧١ ، ج١ ص٣٠ . مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ،صحيح مسلم ، ط١ ، ١٩٩٨م، دار الكتب العلمية : بيروت ،كتاب الزكاة،باب النهي عن المسألة، ج٢ ص١٠٥ .

أعمالي يوم القيامة بإذنه ، وأن لا يؤاخذني بما يشوب عملي من خطأ أو تقصير – فإنما أنا بشر– والإحسان منه عز وعلا والخطأ من نفسي ومن الشيطان .

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :-

وضع الإسلام قواعد عامّة وشاملة لتنظم حياة الناس ، وفق مرضاة الله تعالى وتحقيقاً لمصالحهم ، وليكون الإنسان عابداً لربه كما أمره ، وينبغي للمسلم أن يلتزم هذه الأحكام في سلوكه وعمله ، وفي ظل تطور الحياة الاقتصادية للبشر هذه الأيام ، لا بد من بيان بعض الأحكام التي أصبحت اليوم من ضروريات الحياة الاقتصادية ، وهي ما يتعلق بتضمين الصنّاع ، خاصة لكثرة ما يحدث من نزاعات حول هذا العقد بين الأجير والمالك .

وانغماس البشرية اليوم في حب المال ، وجشعها ، ولهفتها للحصول عليه بكل السبل والوسائل ، بغض النظر إن كان ذلك حلالاً أو حراماً ، وجهل الكثير من أبناء المسلمين بأحكام دينهم من أهم الأسباب التي جعلتني أختار هذا الموضوع الحساس حتى أبين وأوضح ما يتعلق به من أحكام ، وكذلك من الأسباب الأخرى التي جعلتني أختار هذا الموضوع للكتابة فيه :

١. أنني لم أعثر خلال بحثي في المكتبات المتوفرة عن مؤلف مستقل وحديث يختص ببحث هذا الموضوع في استقلالية وشمول يناسب التغيرات الحديثة في العلاقة بين الصناع والناس ، وهذا لا يعني عدم وجود أي مرجع عبر التاريخ الإسلامي لهذا الموضوع فقد وجدت كتاباً يبحث الموضوع على المذهب المالكي للعلامة الحسن بن رحّال المعداني المتوفى سنة١١٤٠ هجرية ،وهو بعنوان " كشف القناع عن تضمين الصنّاع " ، دراسة وتحقيق د. محمود أبو الأجفان ، ويعالج هذا الكتاب بشكل رئيس تضمين الحمامي والحارس والراعي ،وكذلك وجدت كتاباً آخر بعدما قاربت على الإنتهاء من الرسالة عام ٢٠٠٠ ميلادية ، يعالج الموضوع على المذهب الحنفي للعلامة أبي محمد غانم بن محمد البغدادي المتوفى سنة١٠٣٠ هجرية وهو بعنوان مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ، دراسة وتحقيق أ.د محمد أحمد سراج و أ.د علي جمعة محمد ، إذ قام المؤلف في هذا الكتاب بجمع فتاوى علماء المذهب الحنفي في مسائل الضمان – بشكل عام – من كتب المذهب المعتمدة ورتبها على ثمانية وثلاثين باباً شملت معظم أبواب الفقه .

٢. كثرة الصناعات والحرف التي عرفت في هذا الزمان ، ولم تكن موجودة في القرون السابقة ، بالإضافة إلى حاجة الناس المستمرة للتصنيع .

٣. جهل المسلمين وخاصة الصنّاع بالأحكام الشرعية ، التي تتعلق بالصناعات التي يمارسونها .

٤. كثرة الخلافات والمنازعات التي تحصل بين المالك والصانع لعدم معرفة الطرفين بحقوق وواجبات كل منهما تجاه الآخر في الشريعة الإسلامية .

٥. إيجاد بحث ميسر خاص بأصحاب المهن والصنّاع يسهل عليهم فهمه ودراسته والرجوع إليه عند الاختلاف .

٦. بيان شمولية الإسلام وأنه يحيط بكافة نواحي الحياة وصلاحيته لكل زمان ومكان.

منهج البحث :-

اعتمدت في كتابة هذه الرسالة على القواعد التالية :

١. استقاء الحكم الشرعي والرأي الفقهي من المصادر والمراجع الرئيسة لأشهر المذاهب الفقهية ، وهي المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والظاهري .

٢. قمت بنقل وتوثيق أقوال الفقهاء المستمدة من هذه المصادر والمراجع ، مع مناقشتها وترجيح أقواها .

٣. اعتمدت في ترجيح أقوال الفقهاء على قوة الأدلة من جهة ، ومناسبتها وانسجامها مع مصالح الناس وعرفهم من جهة أخرى .

٤. عزوت جميع الآيات القرآنية إلى السور التي أخذت منها.

٥. خرجت الأحاديث النبوية الشريفة تخريجاً علمياً دقيقاً ، واعتمدت في ذلك على أقوال علماء الحديث ، ورأيهم في كل حديث من أحاديث هذه الرسالة .

٦. رجعت إلى معاجم اللغة العربية لبيان معاني المفردات والتراكيب الصعبة ، وقمت بالإشارة إلى هذه المعاجم في الحواشي السفلية .

٧. قمت بترجمة مختصرة ومفيدة للأعلام التي رأيت أنّه من المهم الترجمة لهم ، وقد استقيت المعلومات الخاصة بكل علم من كتب السير والتراجم الموثوق بها ، وجعلت

الترجمة لمرة واحدة وذلك في أول مرة يرد فيه ذكر العلم تسهيلاً لقارئ الرسالة ومنعاً للتكرار .

8. لخصت ما توصلت إليه من نتائج وفوائد في خاتمة الرسالة .
9. أشرت في نهاية الرسالة إلى بعض التوصيات الهامة ، راجياً أصحاب الشأن أن يأخذوها بعين الاعتبار .

فصول الرسالة ومباحثها :

اشتملت هذه الرسالة على تمهيد وأربعة فصول ،حيث بينت في التمهيد معنى الضمان لغة واصطلاحاً ، وأسبابه ، ومشروعيته من الكتاب والسنة و الإجماع .

أما الفصل الأول فقد تحدثت فيه عن تضمين الصنّاع ، إذ فرق العلماء بين الأجير الخاص والأجير المشترك في الضمان ، فقد اتفقوا على القول بعدم تضمين الأجير الخاص بينما اختلفوا في تضمين الأجير المشترك " الصانع " وترجح عندي الرأي الذي يقول بتضمينه.

وأما الفصل الثاني فذكرت فيه الحالات التي يضمن فيها الصانع . وتحدثت في الفصل الثالث عن ضمان وسائل النقل ، وتضمين الحمالين ، والمكارين ، والملاحين .

بينما أفردت الفصل الرابع للحديث عن جناية الصناع وأصحاب المهن على الآدمي، وفصلت فيه القول في بيان تضمين الأطباء ، والأئمة ، والمؤدبين ، والمعلمين .

وختمت الرسالة بالحديث عن الأحكام التي توصلت لها من خلال البحث ثم ذيلتها بتوصيات هامة أرجو من أصحاب الشأن أن يأخذوا بها .

المبحث الأول

الضمان

أستهل التمهيد بتعريف المفرد الأول من اسم البحث ،وهو (**تضميــن**) فــي اللغــة ، والاصطلاح ،

فالضمان لغة[1] ، يأتي على عدة معانٍ أوردها على النحو التالي :

١- **ضَمِنَ** الشيء ضماناً وضَمْناً : فهو ضامن وضمين بمعنى كَفَلَهُ ، فهو كافل وكفيل .

ويقال : ضمنت الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون •

٢- و**الضمان الالتزام** ،ويتعدى بالتضعيف، فيقال :ضَمَّنْتَه المال ،ألزمته إياه، و**ضمــن** الرجــل :التزم أن يؤدي عنه ما يقصر في أدائه •

٣- **وضمنته الشيء** تضميناً، فتضمنه عني : أي غرمته فالتزمه ، ومنه قول الشاعر :

ضوامن ما جار الدليل ضحى غدٍ من البعد ما يضمــنٌ فــهو أداء

٤- **وضمنت** الشيء كذا جعلته محتويا عليه فتضمنه بمعنى أودعته إياه .

* **فالضمان** في اللغة يأتي بمعنى **الكفالة والالتزام والتغريم** .والضامن بمعنى الكفيل والملــتزم والغارم.

[1] ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي ملسان العرب ، ط١ ١٩٩٠ ،دار صادر ،بيروت ،بــاب النــون فصــل الضــاد ج١٣ص٢٥٧ . الفيروزأبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ،ط٣ ،١٩٩٣،مؤسسة الرسالة :بيروت ،باب النــون فصل الضاد ص١٥٦٤ . الجوهري ،إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربيــة ، ط٢ ١٩٧٩،دار العلـم للملايين،باب النون فصل الضاد ج٦ ص٢١٥٥. الزبيدي ، محمد مرتضى ، تاج العروس من جواهر القــاموس ، دار مكتبة الحياة :بيروت ،باب النون فصل الضاد ج٩ ص٢٦٥. الزمخشري ،أبو القاسم محمود بن عمر ، أساس البلاغة ، ط ١٩٦٥ ، دار صادر : بيروت ، باب الضاد ص٣٧٨ . أبو الحسين ، أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغــة ، ط١ ١٣٦٨ ، دار إحياء الكتب العربية : القاهرة ، كتاب الضاد باب الضاد والميم وما يماثلهما ، ج٣ص٣٧٢ . الأزهــري ، أبو منصور محمد بن أحمد ، تهذيب اللغة ، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، باب الضــاد والنــون ، ج١٢ ص٤٩ . البستاني ، الشيخ عبد الله ، فاكهة البستان ،ط ١٩٣٠ ، المطبعة الأميركانية : بــيروت ، بــاب الضــاد ، ج٢ ص٨٤٦ . د.إبراهيم أنيس وزملاؤه ، المعجم الوسيط ،ط٢ ،باب الضاد ج١ ص٥٤٤ .

- **تعريف الضمان في الاصطلاح الشرعي :**

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الضمان اصطلاحاً ،وذلك تبعاً لمقصودهم من التعريف ، إذ نجد اختلافاً كبيراً بين تعريف الحنفية من جهة ، وجمهور الفقهاء من جهة أخرى ،فعرفه الحموي[١] من الحنفية بأنه :

"رد مثل الهالك إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً [٢]"[٣] .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية أنه :

"إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات ، وقيمته إن كان من القيميات"[٤]

بينما نجد في كتب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، تعريفاً مغايراً لحقيقة الضمان الذي نقصده في هذا البحث ، ذلك أنهم استعملوه بمعنى الكفالة وليس بمعنى التزام التعويض بدل التلف الحاصل .

فعرفه المالكية بأنه :

"شغل ذمة أخرى بالحق "[٥]

وعرفه الشافعية بأنه :

"التزام حق ثابت في ذمة الغير"[٦] ، أو

" إحضار عينٍ مضمونة أو بدن من يستحق الحضور"[٧]

المقصود بإحضار بدن من يستحق الحضور : أي إحضار الشخص الذي كفله .

---

[١] الحموي :هو احمد بن محمد ، فقيه من علماء الحنفية ، كان مدرساً بالمدرسة السليمانية في القاهرة ، وتولى إفتاء الحنفية في مصر ، صنف كتباً كثيرةً ، توفي سنة ١٠٩٨هجري . الأعلام ، ج١ص٢٣٩.

[٢] قسم العلماء المال إلى نوعين :مثلي وقيمي ،

المثلي :هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به مثل المكيلات والموزونات .

القيمي :هو ما ليس له مثل في الأسواق أو يوجد مع التفاوت المعتد به في القيمة .

أنظر :باز سليم رستم ، شرح مجلة الأحكام ،ط٣ ،١٩٨٦، دار إحياء التراث :بيروت، مادة ١٤٥ –١٤٦ .

[٣] الحموي ،أحمد بن محمد ، غمز العيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر ،ط١،١٩٨٥م ،دار الكتب العلمية :بيروت ج٤ ص٦.

[٤] شرح المجلة ، مادة ٤١٦ ص٢٣٥ .

[٥] المغربي ، محمد بن عبد الرحمن،كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ،ط٢ ،١٣٩٨ ،دار الفكر :بيروت ج٥ص٩٦.

الدردير ،أبو البركات أحمد بن محمد ، الشرح الكبير ،دار الفكر :بيروت ،ج٣ ص٣٢٩. الخرشي ،محمد بن عبد الله بن علي ، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ، دار صادر : بيروت ،ج٦ ص٢١.

[٦] الشربيني ، محمد الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ط- ، دار الفكر : بيروت ،ج٢ ،ص٣٧.

[٧]الكهوجي ،عبد الله بن الشيخ حسن ،زاد المحتاج بشرح المنهاج، ط١،١٩٨٢،الشؤون الدينية بدولة قطر،ج٢ص٢٢٣.

وقال الحنابلة أنه :

"ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق "[1]

ومن النظرة الأولى للتعريفات السابقة نجد أن تعريف الحنفية هو الأقرب لمقصدنا في البحث ، وهناك تعريفات أخرى قريبة أوردها على النحو التالي :

فعرفه الشوكاني[2] : أنه

" عبارة عن غرامة التالف "[3]

ومن العلماء المحدثين ، عرفه العلامة مصطفى الزرقا :بأنه

"التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير "[4]

وقال ا.د.محمد فوزي فيض الله :بأنه

"شغل الذمة بحق أو بتعويض عن الضرر" [5].

وقال ا.د.وهبة الزحيلي في تعريفه :أنه

"الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع ،أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية "[6]

وبالنظر إلى التعريفات السابقة ــ ومع قربها من المقصود ــ نجد أنها غير (جامعة

---

[1] ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد بن عبد الله بن أحمد ، المغني والشرح الكبير ، ط١ ١٩٩٦ ، عالم الكتب : بيروت ، ج٦ ص٣٥٠.

[2] الشوكاني ، محمد بن علي ، فقيه ، مجتهد ، من كبار فقهاء اليمن ، ولد بهجرة شوكان ، نشأ بصنعاء وولي القضاء بها ، ومات حاكماً لها ، وكان يرى حرمة التقليد . توفي سنة ١٢٥٠ هجري ، الأعلام ، ج٦ ص٢٩٨.

[3]الشوكاني ، محمد بن علي ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ،ط١ ،١٩٩٥،دار الكتب العلمية :بيروت ج٥ص٣٢٠.

[4] الزرقاء ،مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام ،ط١٠ ،١٩٦٨ مطبعة طربين: دمشق ج٢ ص١٠٣٢.

[5] فيض الله ، محمد فوزي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، ط١، ١٩٨٢م، دار الفكر : دمشق ، ص١٥.

[6] الزحيلي ،وهبة ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، ط٢ ١٩٨٢ ،دار الفكر :دمشق ،ص١٥.

ومانعة)[1] إذ أن تعريف الحموي و المجلة لم يشمل ضمان المنافع[2] ، بينما باقي التعريفات ــ الشوكاني ، الزرقا ،فيض الله ، الزحيلي ــ لم تشترط المثلية أو القيمية في تعويض التلف الحاصل أو الضياع ،لذلك يمكن لي – وعلى ضوء التعريفات السابقة – أن أخلص إلى تعريف شامل للضمان أجمل فيه ما سبق بقولي : إنه

"الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف أو ضياع في ماله أو منافعه بمثله في المثليات، أو بقيمته في القيميات "

إذ يشمل هذا التعريف ضمان الأعيان والمنافع ،وكذلك حدد كون الضمان بالقيمة أو المثل ، كما أخرج ضمان النفس وما دونها وذلك لأنها تضمن بالجناية لا بالعقد .

---

[1] التعريف الذي يعتد به ينبغي أن يكون (جامعاًومانعاً) بمعنى أن يدخل كل عناصر الشيء المعرّف فهو جامع ، ويمنع غيرها من الدخول فيه فهو مانع ، لذلك يقال : التعريف المعتبر ينبغي أن يكون جامعاً مانعاً .

[2] ذلك أن الحنفية لا يعتبرون المنافع أموالاً.

قال الزحيلي : عند الحنفية المنافع لا تضمن بالغصب ، لأنها ليست أموالاً ، فالمال عندهم مقصور على الأشياء المادية . وبالتالي لا تضمن عندهم منافع المغصوب ، إذ ليس للمنفعة مثل فلا يمكن الحكم ببدلها ، وإنما يؤاخذ الناس ديانةً في الآخرة .

الزحيلي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، ص١٢٠ .

المبحث الثاني

مشروعية الضمان[1]

ما من شكٍ ــ لذي لب ــ أن الله ﷻ يشرع شيئاً من الأحكام إلا وفيه صلاح الإنسان وسعادته في الدنيا والآخرة ،وهذا المعنى أكده الشاطبي[2] في موافقاته إذ قال :

" إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل و الآجل "[3]

ومن هذه الأحكام الضمان فقد شُرِع حفظاً للحقوق والأموال ،وجبراً للأضرار ،وزجراً للجناة ،وحداً للاعتداء ،وقد ورد ذلك في نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة .

أولاً :القرآن الكريم :

١- قال تعالى ﴿يا أيها الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا(٢٩)وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصْلِيهِ نَارًا وَكَانَ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا (٣٠)﴾[4] .

ففي هذه الآية دليل على صيانة أموال الناس إذ أن الله عز وجل حرّم أخذ أموال الناس بالباطل أو الاعتداء عليها دون وجه حق،وبيّن أن الاعتداء عليها يوجب العقوبة يوم القيامة.

---

[1] فيض الله ،أ .د محمد فوزي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، ط١ ،١٩٨٣م، دار التراث : الكويت ص١٥ . الزحيلي، نظرية الضمان ص١٦. الزرقاء ، محمد مصطفى ، الفعل الضار والضمان فيه ، ط١ ، ١٩٨٨ ، دار القلم : دمشق، ص١٧. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت ، الموسوعة الفقهية ، ط٢ ، ١٩٨٧ م، ذات السلاسل : الكويت ج٢٨ ص٢١٩.

[2] الشاطبي ، هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي ، اصولي ، حافظ ، من أئمة فقهاء المالكية ، مات سنة ٧٩٠ هجرية. الأعلام ، ج١ ص٧٥.

[3] الشاطبي ،أبو إسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي ، الموافقات في أصول الشريعة ، دار الكتب العلمية : بيروت ،ج٢ ص٤.

[4] سورة النساء آية ٢٩+٣٠.

قال ابن كثير[1] :بالباطل :أي بأنواع المكاسب التي هي غير شرعية[2] .

وقال الطبري [3]: لا يأكل بعضكم أموال بعض بما حرم عليه من الربا والقمار ، وغير ذلك من الأمور التي نهاكم الله عنها[4] .

وقال ابن الجوزي[5] :الباطل ما لا يحل في الشرع .[6]

٢- وقال تعالى :﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾[7]

وقال جل شأنه :﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾[8]

وقال عزّ وعلا :﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا ﴾[9]

وفي هذه الآيات أمر الله جل جلاله بالرد على المسيء بالمثل، وهذا معنى الضمان، أي ضمان العدوان بمثله .

٣- وقال تعالى :﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[10]

أي كفيل : ضامن ، إذ أن سيدنا يوسف عليه الصلاة السلام ضمن لمن جاء بصواع الملك قدر ما يحمله البعير من طعام .

---

[1] ابن كثير ، الإمام الحافظ الحجة ، المحدث ، المفسر ، المؤرخ ، الثقة ، أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير ، ولد سنة٧٠١ هجري ،في قرية مجدل من أعمال بصرى ،له مصنفات كثيرة في التفسير ، والحديث ، والسيرة ، والتاريخ ، توفي سنة٧٧٤ هجري. الأعلام ، ج١ ص٣٢٠ . أبو الفلاح ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، ط- ، منشورات دار الآفاق الجديدة :بيروت ، ج٦ ص٢٩٣ .

[2] ابن كثير ، إسماعيل بن عمر بن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ط٣ ، ١٩٨٩،دار المعرفة : بيروت ، ج١ ص٤٩٠.

[3] الطبري ، الحبر البحر الإمام أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، صاحب التفسير والتاريخ والمؤلفات الكثيرة ، كان مجتهداً لا يقلد أحداً ، وكان ذا زهد وقناعة ، توفي في بغداد سنة ٣١٠ هجري . شذرات الذهب ، ج٢ ص٢٦٠.

[4] الطبري ، محمد بن جرير ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن ،ط -، ١٩٨٨ ،دار الفكر : بيروت ، ج٥ ص٣٠.

[5] ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، علامة عصره في التاريخ والحديث ، مولده ووفاته في بغداد ، ونسبته إلى " شرعة الجوز " ، له تصانيف كثيرة في مختلف العلوم تزيد على ثلاث مائة مصنف ، توفي سنة ٥٩٧ . الأعلام ج٣ ص٣١٦.

[6] ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، زاد المسير في علم التفسير ، ط١ ، ١٩٩٤ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٢ص٣٩.

[7] سورة البقرة آية ١٩٤.

[8] سورة النحل آية ١٢٦.

[9] سورة الشورى آية ٤٠.

[10] سورة يوسف آية ٧٢.

قال القرطبي[١] :والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء. [٢]

٤- وقال تعالى :﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾[٣]

ووجوب أدائها يستلزم شغل الذمة بها ،وهو معنى الضمان .

ثانياً : السنة النبوية المطهرة :

١- قال صلى الله عليه وسلم :" إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام ،كحرمة يومكم هذا، في شهر كم هذا، في بلدكم هذا "[٤] .

منطوق الحديث يدل على حرمة الاعتداء على أموال الناس ودمائهم ، فالاعتداء من موجبات الضمان .

٢- عن أنس[٥] قال : " كان النبي صلى الله عليه وسلم عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى[٦] أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت ،فجمع النبي ﷺ فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي

---

[١] القرطبي ، محمد بن أحمد بن أبي بكر ، من كبار المفسرين و أحد أئمة المالكية ، رحل من الأندلس إلى الشرق ، وأقام في شمال أسيوط بمصر إلى أن توفي هناك سنة ٦١٧ هجري . الأعلام ، ج٥ ص ٣١٠ .

[٢] القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري ، الجامع لأحكام القرآن ، ط١ ١٩٩٩ ، دار الفكر : بيروت ، ج٥ ص١٥٨ .

[٣] سورة النساء آية ٥٨.

[٤] البخاري ،أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، ط ١٩٩٤ ،دار الفكر :بيروت ، كتاب الحج ، باب الخطبة أيام منى ،حديث رقم ١٧٤١ ،ج٢ ص٢٣٢. مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ،صحيح مسلم ،ط١ ١٩٩٨،دار الكتب العلمية :بيروت ،كتاب الحج ،باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ،حديث رقم ١٢١٨ ،ج٢ ص٢٣٠ .

[٥] الصحابي الجليل أنس بن مالك ، أبو حمزة الأنصاري الخزرجي – رضي الله عنه – خادم النبي صلى الله عليه وسلم حيث بقي في خدمته عشرة أعوام ، وهو أحد الرواة المكثرين ، بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم خرج في الفتوح ، ثم سكن البصرة وكان آخر الصحابة وفاةً فيها سنة ٩١ هجري . ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ، الإصابة في تمييز الصحابة ، ط١ ،١٩٩٥، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج١ ص٢٧٥ .

[٦] روى أبو داود والنسائي عن عائشة قالت :" ما رأيت صانعة طعام مثل صفية ، أهدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم إناء فيه طعام فما ملكت نفسي أن كسرته ،فقلت : يا رسول الله ما كفارته ، قال : إناء كإناء وطعام كطعام " ، وفي هذا الحديث والحديث الذي رواه الترمذي – في المتن– إشارة إلى أن التي كسرت القصعة عائشة رضي الله عنها ، وأن المرسلة صفية رضي الله عنها .

سنن النسائي ، كتاب عشرة النساء ،باب الغيرة ،حديث رقم ٣٩٥٩ ص٥٧٨ .

سنن أبو داود ، كتاب البيوع ، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله ، حديث رقم ٤٥٦٨ ،ج٣ ص٢٩٧ .

كان في الصحفة ويقول غارت أمكم ، ثم حبس الخادم حتى أُتي بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كُسرت صحفتها وأمسك المكسورة في البيت التي كُسرت فيه ".[1]

وفي رواية أخرى عن أنس رضي الله عنه قال :" أهدت بعض أزواج النبي ﷺ طعاماً في قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ:طعام بطعام ،وإناء بإناء ".[2]

فالنبي ﷺ أمر – ومن خلال الحديثين السابقين – بتعويض التالف بمثله وهذا معنى الضمان .

٣ – عن سمرة عن النبي ﷺ قال :" على اليد ما أخذت حتى ترده ، وفي رواية حتى تؤدي ، وفي رواية حتى تؤديه ".[3]

فالنبي ﷺ أمر بأداء ما أُخذ سواء كان الأخذ رضاءً ، أو جبراً "غصباً" ، وكذلك يمكن تقدير محذوف بعد كلمة "اليد" ،فيكون المعنى على اليد ضمان ما أخذت حتى ترده .

وقيل : أن المرسلة هي زينب بنت جحش . ابن حجر ، احمد بن علي العسقلاني ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ،ط ١٩٩٣ ، دار الفكر :بيروت ، ج١٠ ص٤٠٠ .

[1] صحيح البخاري ،كتاب النكاح ،باب الغيرة ،حديث رقم ٥٢٢٥ ج٦ ص١٩٢. النسائي ،أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب سنن النسائي ،ط١ ،١٩٩٩ ،دار ابن حزم:بيروت ،كتاب عشرة النساء ،باب الغيرة حديث رقم ٣٩٥٧ ص٥٧٧. أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني سنن أبي داود ،دار الفكر :بيروت ،كتاب البيوع ،باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله، حديث رقم ٣٥٦٧ ج٣ ص٢٧٩.ابن حنبل ، الإمام أحمد ، مسند الإمام احمد بن حنبل ، دار الفكر : بيروت ، مسند أنس بن مالك ج٣ ص١٠٥ . الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن ، سنن الدارمي ، ط١ ، ١٤٠٧ ،دار الكتاب العربي :بيروت ،كتاب البيوع ، باب أداء الأمانة واجتناب الخيانة ،ج٢ ص٣٤٣ . قول النبي صلى الله عليه وسلم :(غارت أمكم) أي يعلل فعل عائشة رضي الله عنها بالغيرة من المرسلة.

[2] الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي : بيروت ، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر ، حديث رقم ١٣٦١ ج٣ ص٦٤ ،وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

[3] سنن الترمذي ،باب ما جاء في أن العارية مؤداة ،حديث رقم ١٢٦٧ ج٣ ص٥٦٦ ,وقال الترمذي :هذا حديث حسن صحيح . الحاكم ،أبو عبد الله النيسابوري ،المستدرك على الصحيحين ،ط١ ، ١٩٩٩ ،دار المعرفة : بيروت ،حديث رقم ٢٣٤٩ ،ج٢ ص٣٥٤ ،وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ، ولم يخرجاه . سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، باب في تضمين العارية ، حديث رقم ٣٥٦١ ،ج٣ ص٢٩٦ . ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجة ، ط١ ،١٩٩٩ ،دار السلام :الرياض ، أبواب الأحكام ، باب العارية ص٣٤٣ . قال الشيخ ناصر الألباني : أنه حديث ضعيف . ناصر الدين الألباني ،ضعيف سنن ابن ماجة ،ط١ ، ١٩٩٧ ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، حديث رقم ٢١٧ص١٨٨ .

٤ - عن أنس قال النبي ﷺ :" لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه ". [١]

وفي هذا الحديث يبين عليه الصلاة والسلام ، حرمة أخذ مال المسلم جبراً عنه ،ومعنى ذلك إذا تلف مال غيرك في يدك يجب تعويضه ، وهذا معنى الضمان .

٥- ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال رسول الله ﷺ :" من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن ". [٢]

فالنبي ﷺ أمر بتضمين الطبيب الجاهل _الذي لا خبرة له بالعلاج .

٦- ما روي " أن ناقة البراء[٣] بن عازب دخلت حائطاً "بستاناً" فأفسدت فيه فقضى نبي الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وما أفسدت بالليل ضامن على أهلها "[٤].

وفي هذا الحديث ضمّن النبي ﷺ صاحب الدابة ما أفسدته .

---

[١] الدارقطني ،أبو الحسن علي بن عمر ، سنن الدارقطني ،ط ١٩٦٦ ، دار المعرفة :بيروت ،كتاب البيوع ،ج٣ ص٢٦، البيهقي ، احمد بن الحسين بن علي ، سنن البيهقي الكبرى ، ط١ ١٩٩٤ ، دار الكتب العلمية :بيروت ،باب من غصب لوحاً فأدخله في سفينة ،حديث رقم ١١٥٤٥.

قال الشيخ ناصر الألباني : حديث صحيح . ناصر الدين الألباني ، صحيح الجامع الصغير وزيادة ، ط٣ ،١٩٨٨ ، المكتب الإسلامي : بيروت ، حديث رقم ٧٦٦٢ج٢ ص١٢٦٨.

[٢] سنن النسائي ، كتاب القسامة ،حديث رقم ٤٨٣١ ص٦٤٩ .سنن ابن ماجة ، أبواب الطب ، حديث رقم ٣٤٦٦ ص٥٠٠ .سنن أبو داود ، كتاب الديات ،حديث رقم ٤٥٨٦ ،ج٤ ص١٩٥ . سنن الدار قطني ، كتاب الحدود والديات وغيره ، ج٣ ص١٩٥ .المستدرك عل الصحيحين ، باب الحجام والدواء ، حديث رقم ٧٥٥٩ ، ج٧ ص٣٠٠

وقال الحاكم :حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .وللبيهقي قال رسول الله ﷺ :" من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما فوقها فهو ضامن "سنن البيهقي الكبرى ،باب ما جاء فيمن تطبب بغير علم فأصاب نفساً فما دونها ،حديث رقم ١٦٥٣٠ ،ج٨ ص٢٤٢.قال الألباني : حديث حسن. ناصر الدين الألباني ، صحيح سنن ابن ماجة ، ط١ ، ١٩٩٧، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، حديث رقم٢٧٩١ج٣ ص١٦٥.

[٣] الصحابي الجليل البراء بن عازب ، الأنصاري ، الأوسي ، يكنى بأبي عمارة -رضي الله عنه - استصغره النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر فرده هو وابن عمر ، وبعد ذلك غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم أربع عشرة غزوة ، وشهد مع علي _رضي الله عنه _ الجمل وصفين ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث توفي سنة ٧٢ هجري . الإصابة في تمييز الصحابة ، ج١ ص٤١١ .

[٤] الأصبحي ،الإمام مالك بن أنس ، موطأ مالك ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة ،ج٢ ص٧٤٧. سنن الدارقطني ،كتاب الحدود والديات وغيره ، ج٣ ص١٥٦ .
مسند أحمد بن حنبل ، كتاب باقي مسند الأنصار ،.

ورواه أبو داود بلفظ " على أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل المواشي حفظها بالليل "
سنن أبي دلود ، كتاب البيوع ، باب المواشي تفسد زرع قوم ، حديث رقم ٣٥٦٩ ج٣ ص٢٩٨ .

٧- عن النبي ﷺ قال :" لا ضرر ولا ضرار "[١]

فالنبي ﷺ بقوله - لا ضرار - ينهى عن مقابلة الضرر بمثله ، وبالتالي فإن التدبير السديد يكون بالتضمين عن الضرر.

قال الكاساني [٢]: " وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ، ليقوم الضمان مقام المتلف ، فينتفي الضرر بالقدر الممكن " [٣].

وقال الزرقا : " أما إتلاف المال وأشباهه من أنواع الضرر فتجري فيه قاعدة لا ضرار ويكون التضمين فيه هو التدبير السديد دون مقابلة الضرر بمثله "[٤].

ينبغي أن يلاحظ هنا أنّ مقابلة الضرر بضررٍ مثله قد مباحة ، أو حتى واجبة عند اقتراف بعض الجرائم ، كما في العقوبات التي يوقعها أولو الأمر بالمجرمين بالقصاص منهم ، فإنّ العقاب ضرر لا شك فيه ، مقابل ضرر اجرامهم ، لكن الشريعة أباحته وأوجبته لزجر المجرمين وتأديبهم ومنع الاعتداء على الناس .

وقد أجمع الفقهاء على أن دماء المسلمين وأموالهم مصونة في الشرع، وأن الأصل فيها الحظر ، وأنه لا يحل دم المسلم ولا ماله إلا بحق[٥] .

وكذلك فإن الفقهاء ، وانطلاقاً من الأصول السالفة الذكر قد أصّلوا بعض القواعد الفقهية الكلية الشاملة لفروع الضمان ومنها[٦]:

---

[١] المستدرك على الصحيحين ، كتاب البيوع ،ج٢ ص٥٨ . وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه . سنن ابن ماجه ، أبواب الأحكام ،ص٣٣٥ . الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء بالمرافق ، حديث رقم ١٢٣٤ ، ج٢ ص٧٤٥ . قال الشيخ ناصر الألباني : حديث صحيح . صحيح سنن ابن ماجة ،حديث رقم ١٨٩٥ ج٢ ص٢٥٨.

[٢] الكاساني ، هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، نسبته إلى كاسان مدينة في أول بلاد تركستان ، أصولي ، من أكابر فقهاء الحنفية ، لقب بملك العلماء ، وكتابه " البدائع " كان مهر زوجته فاطمة بنت الفقيه الحنفي الكبير السمرقندي. الأعلام ، ج٢ ص٧٠. عمر كحالة ، معجم المؤلفين ، ط- ، دار إحياء التراث العربي :بيروت ،ج٣ص٧٥ .

[٣] الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،ط١ ،١٩٩٧ ، دار إحياء التراث العربي : بيروت ، ج٦ ص١٦٥ .

[٤] الفعل الضار والضمان فيه ،ص٢٣ .

[٥] الموسوعة الفقهية ،ج٢٨ ص٢٢٢ .

[٦] ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط١ ، ١٩٩٣، دار الكتب العلمية : بيروت ، ص٨٥ . السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، ط١ ،١٩٩٨ ، دار الكتب العلمية :بيروت ،ج١ ، ص١٧٨ . الزرقا ، احمد بن محمد ،شرح القواعد الفقهية ، ط٢ ،١٩٩٨ ،دار القلم : دمشق ص١٦٥ .

(١) **لا ضرر ولا ضرار :**

معنى القاعدة : أي لا يضر المسلم أخاه ابتداء ولا جزاء . ومثال ذلك ، لا يجوز لمسلم أن يبني جداراً في ملكه يحجب النور عن جاره ، وكذلك لا يجوز لمن أُتلف ماله أن يتلف مال المُتلف – الجاني – بل يجب أن يتوجه للقضاء ليأخذ له حقه .

(٢) **الضرر يدفع بقدر الإمكان :**

معنى القاعدة ، أنّ الضرر إذا كان متوقعاً يجب العمل على عدم وقوعه . ومثال ذلك ، الخيارات في البيوع ، إذ شرعت لدفع ضرر الغبن . وشرع الحجر على السفيه لدفع ضرر ضياع المال فيما لا فائدة فيه .

(٣) **الضرر يزال .**

ومن القواعد الخاصة بالضمان [(١)]:

(١) **الأجر والضمان لا يجتمعان:-**

هذه القاعدة خاصّة بالمذهب الحنفي ولا يتبناها جمهور الفقهاء ، وقال أحمد الزرقا في شرح هذه القاعدة – أثناء تعليله لها – : لأن الضمان إنّما بسبب التعدي ، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب ، ومنافع المغصوب غير مضمونة ، لأن المنافع معدومة ، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية ، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها ، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامناً ، بل يرتفع ، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً ، وغاصباً ضميناً في آن واحد لتنافي الحالتين [(٢)].

(٢) **الجواز الشرعي ينافي الضمان [(٣)]:**

معنى القاعدة : أنّ الفعل إذا كان مباحاً شرعاً ، وأدى إلى تلف ، فإنّ فاعله لا يضمن لأنّ فعله جائز شرعاً . ومثال ذلك أن يحفر رجل بئراً في أرضه فيأتي آخر فيقع فيه فليس على صاحب البئر شيئ.

---

(١) ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ،ص٨٥ . السيوطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، ج١ ، ص١٧٨ . الزرقا ، احمد بن محمد شرح القواعد الفقهية ، ص١٦٥ .

(٢) الندوي ، علي أحمد، القواعد الفقهية ، ط٤، ١٩٩٨م، دار القلم : دمشق ، ص٣٥١ . شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣١.

(٣) الندوي ، علي أحمد، القواعد الفقهية ، ط٤، ١٩٩٨م، دار القلم : دمشق ، ص٣٥١ . شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣١.

(٣) **الخراج بالضمان**[١] :

معنى القاعدة ، أن من يشتري شيئاً من حيوان أو آلة فيستعمله فترة من الزمن ، ثم يجد فيه عيباً دلسه عليه البائع ، له أن يرده للبائع ويسترجع جميع ثمنه . وبالنسبة للغلة – المال – التي حصل عليها نتيجة استغلاله لهذا الشيء في الفترة التي مكثها عنده هي ملك له لا يرد شيئاً منها للبائع لأنه كان في ضمانه حيث أنه لو هلك ، هلك من ماله . ومثال ذلك، أن يشتري رجل سيارة نقل ، وبعد أن يعمل عليها فترة من الزمن يكتشف فيها عيباً كان أخفاه عليه البائع ، فللمشتري أن يرد السيارة للبائع ويأخذ الثمن الذي دفعه كاملاً ، وبالنسبة للغلة التي حصل عليها من العمل على السيارة ، فهي ملك له لا يرد شيئاً منها للبائع .

(٤) المباشر ضامن وإن لم يتعمد [٢]:

معنى القاعدة : أنّ الذي يباشر الفعل ضامن لما أتلفه بفعله إذا كان متعدياً فيه ، وإن لم يتعمد الإفساد ، لأنّ الخطأ يرفع عنه إثم مباشرة الفعل ولا يرفع عنه ضمان المتلف ، لأنّه متعدٍ بفعله . مثل أن يتلف إنسان مال آخر ظاناً أنه لنفسه ، فإنه يضمنه .

(٥) المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد [٣]:

معنى القاعدة : أنّ الذي يعمل عملاً يفضي إلى الضرر ، لا يضمن ما يفضي إليه عمله إلا أن يقصد بفعله الضرر . ومثال ذلك أن يعطي رجل لغلام سكيناً ليأكل فاكهة ، فيجرح نفسه فإنه لا يضمن .

---

[١] أصل هذه القاعدة حديث شريف وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم : " الخراج بالضمان " ، سنن الترمذي ، كتاب البيوع ،حديث رقم ١٢٨٦ ،ج٣ ص٥٨١ ،وقال حسن صحيح . سنن النسائي ،كتاب البيوع،باب الخراج بالضمان ، حديث رقم ٤٤٩٢ ،ص٦٤٨،سنن أبي داود ،كتاب البيوع ،باب من اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد فيه عيباً ،حديث رقم ٣٥٠٨ ج٣ ،ص٢٨٤ ،سنن ابن ماجه ، باب الخراج بالضمان ، حديث رقم ٢٢٤٣ ،ص٣٢١ .
سنن الدارقطني ،كتاب البيوع ،ج٣ ،ص٥٣ . المستدرك ،كتاب البيوع ،ج٢ ص١٥ .

[٢] الندوي ، علي أحمد، القواعد الفقهية ، ط١٩٩٨،٤م، دار القلم : دمشق ، ص٣٥١ . شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣١.

[٣] الندوي ، علي أحمد، القواعد الفقهية ، ط١٩٩٨،٤م، دار القلم : دمشق ، ص٣٥١ . شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣١.

المبحث الثالث

أسباب الضمان

اتفقت عبارات الفقهاء في أسباب الضمان -مع بعض الاختلاف في التعبير - على النحو التالي :

أولاً : ذهب الحنفية إلى أن أسباب الضمان أربعة : وهي

١. الغصب [١].
٢. العدوان[٢] .
٣. الإتلاف [٣].
٤. التسبب بالإتلاف.

قال السرخسي[٤] : " لأن المال يضمن بالإتلاف تارة وبالغصب أخرى ، وفي الإتلاف المسبب إذا كان متعدياً يجعل كالمباشر في حكم الضمان ، كحفر بئرٍ ووضع حجرٍ في الطريق"[٥]

---

[١] الغصب : إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل بالمال . وقيل : استيلاء المرء على حق غيره غلبةً واقتداراً . أنظر : سانو ، د. قطب مصطفى ، معجم مصطلحات أصول الفقه ، ط١،٢٠٠٠ ، دار الفكر :دمشق ،ص٣٠٧ .

بدائع الصنائع ،ج٦ ص١٣١ + ص١٦٥ .

[٢] العدوان : الاعتداء في قول أو فعل أو حال . المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، التوقيف على مهمات التعاريف ، دار الفكر : بيروت ، ط١ ، ١٤١٠ هـ ، ج١ ص٥٠٨ .

[٣] الإتلاف : إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعةً مطلوبة منه عادةً . أ .د. محمد رواس قلعه جي ، معجم لغة الفقهاء ، ط١ ، ١٩٩٦ م ، دار النفائس : بيروت ، ص١٩ .

[٤] السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل ، قاض من كبار علماء الحنفية ، مجتهد ، نسبته إلى سرخس في خراسان ، أشهر مؤلفاته المبسوط ، الذي أملاه وهو سجين في الجب ، وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ، وبقي في سجنه حتى توفي سنة ٤٨٣ هجري . الأعلام ،ج٥ ص٣١٥ .

[٥] السرخسي ، أبو بكر محمد بن احمد بن سهل ، المبسوط ،ط١٩٨٩ ، دار المعرفة : بيروت ،ج١١ ص٥٤ .

وقال الكاساني :"٠٠٠لأن الغصب إنما جعل سبباً لوجوب الضمان ، بوصف كونه تعدياً "وقال: "٠٠٠لاشك أنّ الإتلاف سبب لوجوب الضمان "[١].

ولم يفرق الكاساني بين كون الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف ، أو تسبباً بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة لأن كلاً منها – إيصال الآلة بمحل التلف ، أو التسبب بالفعل في محل يفضي إلى تلف – يقع اعتداءً وأضراراً فيوجب الضمان [٢].

ثانياً : **وأما المالكية فقالوا إن أسباب الضمان :**

١. العدوان .
٢. وضع اليد[٣].
٣. الإتلاف .
٤. التسبب للإتلاف .

قال القرافي[٤] :"اعلم أن أسباب الضمان في الشريعة ثلاثة لا رابع لها :أحدها العدوان كالقتل و الإحراق و٠٠٠٠٠ الخ ، وثانيها التسبب للإتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر و٠٠٠٠ الخ ، وثالثها وضع اليد التي ليست بمؤتمنة "[٥].

---

[١] بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٣١ + ص١٦٥.

[٢] المرجع السابق .

[٣] المقصود بوضع اليد : حيازة الشيء والاستيلاء عليه مع حرية التصرف فيه . معجم لغة الفقهاء ، ص١٦٦ +٤٧٦. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، ص١٠٤ .

[٤] هو أبو العباس أحمد بن إدريس ، هو الإمام العلامة وحيد دهره وفريد عصره أحد الأعلام المشهورين كان إماما بارعا في الفقه والأصول والعلوم العقلية وله معرفة بالتفسير أخذ كثيرا من علومه عن الشيخ الإمام العلامة الملقب بسلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام الشافعي . ابن فرحون ، إبراهيم بن علي ، الديباج المذهب ،دار الكتب العلمية : بيروت ج١ ص٦١ .

[٥] القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي ، الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ،ط١ ،١٩٩٨ ،دار الكتب العلمية :بيروت ، الفرق ١١١ ،ج٢ ص٣٣٥ .

<u>فائدة</u> :

المشهور تسمية كتاب القرافي بالفروق ، وقد يستغرب البعض من تسميته " أنوار البروق في أنواء الفروق " إذ يظن الكثير من طلاب العلم أثناء مراجعة الكتاب أن هذا الاسم هو اسم حاشية لشرح الفروق ،إلا أن هذا التوهم يدفعه قول القرافي نفسه عن الكتاب في خطبته :"٠٠وسميته لذلك أنوار البروق في أنواء الفروق ولك أن تسميه كتاب الأنوار والأنواء أو كتاب الأنوار والقواعد السنية في الأسرار الفقهية كل ذلك لك " .

انظر : الفروق ،ج١ ص١١.

لكنه عدل في كتابه الذخيرة عن كلمة العدوان فقال :"أسباب الضمان الإتلاف والتسبب للإتلاف ووضع اليد غير المؤتمنة "[1].

وقال ابن رشد[2] :"وأما الموجب للضمان فهو إما المباشرة لأخذ مـــال المغصـــوب أو إتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه ،واختلفوا في السبب الـــذي يحـدث بمباشرته الضمان إذا تناول التلف بسبب آخر "[3].

ثالثاً: وذهب الشافعية إلى أن أسباب الضمان :

١. العقد [4].
٢. إثبات اليد .
٣. الإتلاف .
٤. الحيلولة [5].

قال السيوطي [6]:"أسباب الضمان أربعة أحدها :العقد ، كالمبيع .... الخ ، الثاني:اليـد مؤتمنة كانت كالوديعة ، أو لا كالغصب ، الثالث :الإتلاف : نفساً أو مالاً ،الرابع :الحيلولة "[7]. وقال:"كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلـك فاسده، أما الأول فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى ، وأما الثاني فلأن إثبات اليـــد عليه بإذن المالك،ولم يلتزم بالعقد ضماناً "[8].

---

[1] القرافي ،الذخيرة ،ط١ ،١٩٩٤ ، دار الغرب الإسلامي : بيروت ،ج٥ ص٣٧٤ .

[2] ابن رشد (الحفيد) :هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، فيلسوف عصره ، من أئمة أعلام الفقـــه المـــالكي ، ولـد سنة٥٢٠هجري ، برع في كثير من العلوم ، وصنف كتباً كثيرة ، توفي سنة ٦٠٤ . الأعلام ،ج٥ ص٣١٨ .

[3] ابن رشد ، محمد بن أحمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،ط١ ،١٩٩٧ ، مكتبة الإيمان : المنصورة ،ج٢ ص ٢٣٧ .

[4] العقد : ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً .

أنظر : الجرجاني ، علي بن محمد ، كتاب التعريفات ، ط١ ،١٤٠٥ ، دار الكتاب العربي : بيروت ،ص١٩٦

[5] معنى الحيلولة : المنع من التصرف في الشيء . مثل أن يمنع رجل آخر من استعمال سيارته فيحـــول بيـــن الرجـــل والتصرف في ملكه .

[6] السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، إمام ، حافظ ، مفسر ، مؤرخ ، له نحو ٦٠٠ مصنف ، نشأ يتيمـاً ، ولما بلغ الأربعين اعتزل الناس ، وأخذ يؤلف الكتب حتى توفي سنة ٩١١ هجري . الأعلام ، ج٣ ص٣٠١ .

[7] السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج٢ ص٢٢١ .

[8] السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ج٢ ص١٠٥ .

وقال السبكي[1]:"....أحدهما الإقدام على الإتلاف وهو من أقوى أسباب الضمان "[2].

وقال الزركشي[3] :"أسباب الضمان أربعة : عقد ويد وإتلاف وحيلولة "[4].

رابعاً :**وذهب الحنابلة إلى أن أسباب الضمان ثلاثة :**

١. العقد .
٢. الإتلاف.
٣. وضع اليد.

قال ابن رجب[5] في القاعدة التاسعة والثمانين :

" أسباب الضمان ثلاثة :عقد ويد وإتلاف "[6].

وبعد استقراء آراء المذاهب الأربعة في أسباب الضمان ، يتبين لنا أن هذه الأسباب متداخلة ، إذ أن بعضها ينتج عن الآخر أو سبباً لحدوث الآخر ،فمثلاً ، العدوان ينتج عنه الغصب أو الإتلاف ، لذلك يمكننا الخلوص إلى أن أسباب الضمان يمكن حصرها في ثلاثة أسباب، وهي [7]:

---

[1] علي بن عبد الكافي السبكي ، شيخ الإسلام في عصره ، وأحد الحفاظ المفسرين المناظرين ، وهو والد التاج السبكي – صاحب الطبقات – ، نسبته إلى سبك قرية في مصر ، انتقل إلى الشام وولي القضاء فيها ، ومرض وعاد إلى القاهرة وتوفي فيها سنة ٧٥٦ هجري . الأعلام ، ج٤ ص٣٠٢ .

[2] السبكي ، علي بن عبد الكافي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، ط١، ١٤٠٤ ،دار الكتب العلمية :بيروت ،ج٣ ص١٢٤ .

[3] محمد بن بهادر الزركشي ، من علماء الشافعية ، برع في الفقه والأصول ، تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة ، توفي سنة ٧٩٤ . الأعلام ،ج٦ ص٦٠.

[4] الزركشي ، محمد بن بهادر ، المنثور في القواعد ،ط٢ ، ١٤٠٥ ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية : الكويت ،ج٢ ص٣٢٢.

[5] أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب ، حافظ ، من علماء الحنابلة ، ولد في بغداد ، ونشأ ومات في دمشق سنة ٧٩٥ هجري. الأعلام ، ج٣ ص٢٩٥ .

[6] ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي ، دار الكتب العلمية : بيروت، قاعدة رقم ٨٩ ص١٩٦ .

[7] فيض الله ، نظرية الضمان ص٦٦. الزحيلي ، نظرية الضمان ص٦٣ .

أولاً : العقد :

وضمان العقد يمكن تعريفه ، بأنه تعويض عن مفسدة مالية مقترنة بالعقد ، فإذا أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد ، أو يتطلبه الشرط ،فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه ، يكـــون العقد مصدراً للضمان وسبباً فيه .

ثانياً : وضع اليد:

ويُعرَف ضمان وضع اليد بأنه ،تعويض تلف المال المحوز بائتمان أو بغير ائتمـــان ، إذ أن اليد :

١. إما أن تكون مؤتمنة مثل يد الوديع [١] ، والوكيل [٢] ، والأجير الخاص [٣] ، وهـؤلاء لا يضمنون إلا بالتعدي [٤].

٢. وإما أن تكون غير مؤتمنة ، وهي نوعان أيضاً :

- يد غير مؤتمنة بإذن المالك ، مثل يد البائع على المبيع قبل القبض .
- يد غير مؤتمنة بغير إذن المالك ، كالسارق والغاصب .

وهؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بآفة سماوية .

ثالثاً :الإتلاف مباشرة أو تسبباً [٥]:

وضمان الإتلاف هو تعويض عن مفسدة مالية لم تقترن بعقد ، لأنه اعتداء وإضـــرار . وهو ممنوع شرعاً إلا إذا كان بأمر الحاكم لمصلحة عامّة فيسقط الضمان.

---

[١] الوديع :هو الذي يحفظ الوديعة لغيره .

[٢] الوكيل :هو الذي يتصرف لغيره لعجز موكله .

التعريفات ، ص٣٢٨.

[٣] سيأتي تعريفه وحكم تضمينه لاحقاً ص٣٨ .

[٤] التعدي : مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً .

أنظر الموسوعة الفقهية ،ج٢٨ ص٢٢٢ .

[٥] الإتلاف مباشرة : إيصال الآلة بمحل التلف ، كأن يهدم بيت غيره أو يحرق ثوبه .

الإتلاف بالتسبب : الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة .

أنظر ، بدائع الصنائع ، ج٦ ص١٦٥ .

ومثال ذلك إتلاف الخمور أو حقول زرع المخدرات فلا يضمن الحاكم ذلك لأن مثل هذا الإتلاف فيه مصلحة عامة للمجتمع وحفظاً للدين .

المبحث الرابع

يد الأمانة ويد الضمان*[١]

المشهور تقسيم اليد من حيث التصرف في الأشياء التي يحوزها الإنسان إلى قسمين : يد أمانة ويد ضمان .

والمقصود **بيد الأمانة** : هي حيازة الشيء ، أو المال ، نيابة عن المالك الأصلي ، وليس تملكا له ، وذلك مثل يد الوديع ،والمضارب ،والأجير الخاص .

وحكم يد الأمانة : أن واضع اليد أمانة لا يضمن ما تحت يده ، إلا بالتعدي ، أو التقصير ، ومثال ذلك أن يستعمل وديعة دون إذن صاحبها فيتلفها ، أو يقصر في حفظها فتتلف فإنه يضمنها .

وأما **يد الضمان** : فهي حيازة الشيء للتملك أو لمصلحة الحائز ، وذلك كالمالك والغاصب والمقترض .

وحكم يد الضمان : أن واضع اليد على المال على وجه التملك ، أو الانتفاع به لمصلحة نفسه ، يضمنه على كل حال .

---

[١] الموسوعة الفقهية ، ج٢٨ ص٢٥٨ .

*حاولت الرجوع إلى أمات الكتب للعثور على تعريف لـ(يد الأمانة ، ويد الضمان) إلا أني لم أوفق لذلك ، إذ أن معظم الفقهاء عند ذكرهما ، يمثلون عليهما مباشرة ، دون تعريفهما ، وكأن ذلك يعرف بداهة .

أنظر : بدائع الصنائع ج٤ ص٧٤ .المبسوط ج١١ ص٧٣ .السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، جواهر العقود ، ص١٦٣ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٢٧٩ . الشيرازي ، أبو إسحق إبراهيم بن علي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ط١، ١٩٩٥، دار الكتاب العلمية :بيروت،ج٢ص٢٦٦. ابن جزي ،محمد بن أحمد ، القوانين الفقهية ، دار الكتب العلمية :بيروت ،ص١٨٣ . مواهب الجليل ،ج٦ ص٣٦ . القواعد في الفقه الإسلامي ،القاعدة تسعون وما بعدها ص١٩٨ .

المبحث الخامس

تغير صفة اليد من الأمانة إلى الضمان
أو
ما يغير صفة المستأجر فيه من كونه أمانةً إلى كونه مضموناً

قد تتغير صفة المستأجر فيه – العين التي يقع عليها العمل – من كونها أمانة إلى كونها مضمونة ، وذلك حسب الظروف التي تمر بها وهي في حوزة الأجير أو الصانع .

ومن الأمور التي تغيرها :

أولا : الإتلاف والإفساد والتعدي:

فإذا تعمد الأجير أو الصانع الإفساد فإن العين تصبح مضمونة ، عند جمهور[1] الفقهاء ، أما إذا كان متعدياً بالإفساد ،بأن أفسد العين خطأً بعمله ، فإن كان أجيراً خاصاً فما في يده يبقى أمانةً كذلك عند الجمهور[2] ، أما إذا كان صانعاً فتصبح مضمونةً عند الحنفية[3] ،والمالكية [4]، والحنابلة[5] ، خلافاً للشافعية [6]،وزفر[7] ،والظاهرية[8] ، فإنها تبقى أمانة في قولهم .

واحتج المخالفون[9] أن الفساد حصل بعملٍ مأذون فيه ، فلا يجب الضمان كالأجير الخاص ، ولئن كان مأذوناً فيه فلا يمكن التحرز منه فأشبه الحجّام[10] والبزّاغ [1] .

---

[1] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٤. بداية المجتهد ، ج٢ ص٧٢ . الرافعي ، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ،ط١ ، ١٩٩٧ ، دار الكتب العلمية : بيروت ،ج٦ ص١٤٧ . المغني ،ج٧ ص٤٥٥ . ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى بالآثار ،دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٧ ص٢٨ .

[2] المراجع السابقة .

[3] بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٤ .

[4] الأصبحي ،الإمام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ،ط١ ، ١٩٩٤ ، دار الكتب العلمية :بيروت ، ج٣ ص٤٩٨ .

[5] المغني ، ج٧ ص٤٥١ .

[6] الشافعي ، محمد بن إدريس ، الأم ،ط٢، ١٩٧٣ ، دار المعرفة :بيروت ،ج٤ ص٣٧ .

[7] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٤ .

[8] المحلى بالآثار ،ج٧ ص٢٨ .

[9] بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٤ . الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد ، الحاوي الكبير ، ط١ ١٩٩٤ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٧ ص٤٢٥ .

[10] الحجّام : المصّاص ، محترف الحجامة ، وهي امتصاص الدم بالمحجم ، وهي الأداة التي يمص بها الدم من المريض. القاموس المحيط ، باب الميم فصل الحاء ، ص١٤١٠ . المعجم الوسيط ، باب الحاء ، ج١ ص١٥٨.

ورد الحنفية على ذلك بأن المأذون فيه العمل المصلح لا المفسد ، لأن العاقل لا يرضى بإفساد ماله ، ولا يلتزم الأجرة بمقابلة ذلك ، فتقيد الأمر بالمصلح دلالة ، وأما قولهم لا يمكن التحرز منه ، ممنوع ، لأنه بوسعه ذلك بالاجتهاد[2] .

والذي أرجحه ما ذهب إليه الجمهور . والله أعلم

ثانيا : مخالفة ما تعاقدا عليه:

فإذا خالف الصانع ما أمر به فإن العين تصبح مضمونة[3] . إذ المخالفة لما اتفقا عليه – الإخلال بالعقد – سواء كانت في الصفة أو القدر أو المكان...... إلخ ، تعتبر سبباً للضمان .

جاء في مجمع الضمانات :" كل فعلٍ قيل فيه ليس للمستأجر أن يفعله فإنه يضمن ما تلف بفعله " [4].

ثالثاً : الهلاك :

فإذا هلكت العين في يد الصانع قبل صنعها فإنها تكون مضمونة ، وهو قول الصاحبين[5] من الحنفية ،ومالك [6]، ورواية عن أحمد[7] .

وقال أبو حنيفة [8]، والشافعية[9] ، والظاهر[10] من مذهب الحنابلة ، والظاهرية[11]، أن العين أمانة ولا ضمان على الصانع .

---

(1) البزّاغ : البيطار ، وهو معالج الدواب. القاموس المحيط ، باب الراء فصل البيطار ، ص٤٤٩ . المعجم الوسيط ، باب الباء ،ج١ص٧٩ .

(2) بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٤ .

(3) بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٤ . المدونة الكبرى ،ج٣ ص٤٠١ . العزيز ، ج٦ ص١٥٩ . البهوتي ،منصور بن يونس ، شرح منتهى الإرادات ،دار الفكر : بيروت ،ج٢ ص٣٧٨ .

وسيأتي تفصيل آراء المذاهب في المخالفة في الفصول القادمة إن شاء الله .

(4) مجمع الضمانات ، ج١ ص٧٠.

(5) المبسوط ،ج١٦ ص١٠٠ . بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٢ .

(6) الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٣ .

(7) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،ج٦ ص٦٩ .

(8) بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٤ .

(9) الشرقاوي ، عبد الله بن حجازي ، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ، دار الفكر : بيروت ، ج٢ ص٨٩ .

(10) البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، ط ١٩٨٣ ، دار الكتب العلمية :بيروت ،ج٤ص٣٤.

(11) المحلى بالآثار،ج٧ ص٢٨ .

أما إذا هلكت العين بعد الصنع فإنها تصبح مضمونة عند الحنفية[1] ، ومالك [2]، والحنابلة [3]، وتبقى أمانة عند الشافعية[4] ، والظاهرية [5].

فإذا كان الهلاك بشيء لا يمكن التحرز منه ، كالحريق الغالب أو العدو المكابر ، فإن العين تبقى أمانة ولا يضمنها الصانع وهذا بالاتفاق [6].

رابعاً : **ترك الحفظ :**

لأن الأجير الخاص أو الصانع لما قبض العين التزم حفظها ، وترك الحفظ سبب لوجوب الضمان ، كالمودَع عنده إذا ترك حفظ الوديعة [7].

أي أن الفقهاء قاسوا الأجير الخاص والصانع على المودَع عنده ، فكما يضمن المودع الوديعة إذا ترك حفظها ، فكذلك يضمن الأجير الخاص والصانع إذا تركوا الحفظ .

قال في مجمع الضمانات :

" الأمين يضمن بترك الحفظ إذا كان بغير عذر "[8] .

خامساً : **الانفراد باليد** [9]:

فإذا انفرد الصانع باليد ، فالعين تصبح مضمونة عند الصاحبين [10]، والمالكية[11] ، والحنابلة [12]، وهي رواية [13]عند الشافعية .

أما إذا لم ينفرد الصانع باليد ، وتلفت العين فإنها تبقى أمانة في قول الحنفية [14]،

---

[1] البزاز ، محمد بن محمد بن شهاب الدين ، الفتاوي البزازية ، ط ٣ ١٩٧٣ ، المطبعة الأميرية : بولاق ، ج٥ ص٨٧ .

[2] المدونة ، ج٣ ص٤٠٠ .

[3] المغني والشرح الكبير، ج٧ ص٤٥٦ .

[4] المهذب ،ج٢ ص٢٦٦ .

[5] المحلى بالآثار ،ج٧ ص٢٨ .

[6] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٢ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٣ . المهذب ، ج٢ ص٢٦٦ .الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٤ . المحلى بالآثار،ج٧ ص٢٨ .

[7] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٧ .

[8] مجمع الضمانات ، ج١ ص٧٨ .

[9] المقصود بالإنفراد باليد: أن يعمل الأجير أو الصانع وحده دون وجود المالك.

[10] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٣ .

[11] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٧٩ .

[12] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٣ .

[13] العزيز ، ج٦ ص١٤٥ .

[14] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٣ .

والشافعية [1]، ورواية عند الحنابلة[2] ، وذهب المالكية [3]، والظاهر[4] عند الحنابلة إلـــى أنـــها مضمونة .

[1] العزيز ، ج٦ ص١٤٥ .

[2] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٣ .

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٧٩ .

[4] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٣ .

المبحث السادس

الصنّاع

قد يتبادر للذهن عند سماع كلمة "صنّاع" ، أنها مرادفة لكلمة أجراء ، ولكن عند البحث عن معنى هذه الكلمة ، تبين لي أنها ليست كذلك ضبطاً – على الأقل في مصطلح الفقهاء – ولإزالة هذا الالتباس لابد من البدء ببيان معنى كلمة أجراء ،فأقول :

أجراء : جمع أجير ، وهو اسم على وزن فعيل ، بمعنى مفعول ، أي مستأجر ، وهو الإنسان الذي يعمل لغيره على مال معين [1].

وقد قسم الفقهاء الأجراء إلى قسمين ، **الأجير الخاص** ، **والأجير المشترك** .

وفيما يلي تعريف كل واحد منهما :

---

[1] لسان العرب ، باب الراء فصل الألف ج٤ ص١٠ . معجم مصطلحات أصول الفقه ، ص٤٢ .
أبو جيب ، سعدي ، القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً ، ط٢ ١٩٨٨ ، دار الفكر : دمشق ، ص١٤ .

المطلب الأول

الأجير الخاص

عرفه الحنفية : بأنه " الذي يعمل لواحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص "[1].

وقال المالكية : بأنه " الذي مُلّكت منافعه "[2].

ويرى الشافعية أنّ الأجير الخاص : هو "الذي يمكنه أجر نفسه مدة مقدرة لعمل ، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة "[3] .

وقريباً من هذا عرفه الحنابلة : بأنه "الذي يقع عليه العقد في مدة معلومة ، يستحق المستأجر نفعه في جميعها " [4].

ومن خلال التعريفات المتقاربة السالفة يتضح لنا أن الأجير الخاص :

(هو الذي يعمل لشخص واحد بعينه أو لمجموعة باعتبارها واحد -كشركة – في مدة معلومة محدودة ،لا يتقبل خلالها عمل لأي شخص آخر).

ومن الأمثلة على الأجير الخاص : الموظف في الدوائر الحكومية ، والعمال في المصانع والشركات ، الذين يعملون فيها لساعات محددة، ولا يجوز لهم ممارسة أي عمل آخر أثناء فترة وجودهم في عملهم الرسمي .

ولذلك نجد أن بعض الفقهاء يطلق عليه أجير الواحد [5].

---

[1] الغنيمي ، عبد الغني ، اللباب في شرح الكتاب ، ط ١٩٨٠ ، المكتبة العلمية: بيروت ، ج٢ ص٩٤ .

[2] المالكي ، أبو الحسن ، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، ط ١٤١٢ ، دار الفكر : بيروت ، ج٢ ص١٦.

[3] النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، ط١ ١٩٩٢ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٤ ص٢٩٩ . العزيز ، ج٦ ص١٤٧ .

[4] المرداوي ، علي بن سليمان ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،ط١ ١٩٩٧ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٦ ص٦٦ . المغني ، ج٧ ص٤٥١ .

[5] مجمع الضمانات ، ج١ ص١٠٣. السغدي ،علي بن الحسين ، النتف في الفتاوي ، ط٢ ١٤٠٤ ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، ج٢ ص٥٦١ .

وقال المطيعي[1] : " سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس "[2] .

وكذلك فإن الأجير الخاص يستحق الأجرة بمجرد تسليم نفسه وإن لم يعمل [3]. إذا لم يوفر له المستأجر العمل .

[1] هو محمد نجيب إبراهيم المطيعي ، من أكبر فقهاء الشافعية في العصر الحديث ، مصري المولد والنشأة والمقام ، انتهت إليه رئاسة الإفتاء في زمنه ، وهو واحدٌ ممن أصابهم الابتلاء والعذاب في سجون الناصرية ، وهو في شيخوخته ، توفي عن عمر يناهز الثمانين عاماً سنة ١٩٨٦ م . المصدر : الشيخ يوسف السركجي- سجن جنيد ١٩٩٩ م .

[2] المطيعي ،محمد نجيب ، تكملة المجموع شرح المهذب ، مكتبة المطيعي : مصر ، ج١٥ ص٣٥٤ .

[3] المر غيناني ، أبو الحسن علي بن أبي بكر ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ط١، ١٩٩٠ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٣ ص٢٧٥ .

المطلب الثاني

الأجير المشترك

عرفه الحنفية : بأنه " من يعمل لا لواحد ، أو لواحد من غير توقيت "[1] .

وقريباً من هذا التعريف قال المالكية : بأنه " هو الذي نصب نفسه للعمل للناس "[2]

بينما يعرفه الشافعية : بأنه " الذي يتقبل العمل في ذمته " [3].

والحنابلة يرون أنّ الأجير المشترك : هو " الذي يقع العقد معه على عملٍ معين " [4].

ويمكن الخلوص من خلال التعريفات السابقة إلى أن **الأجير المشترك :**

(هو من يتم التعاقد معه على عمل معين دون منعه من القيام بنفس العمل أو غيره للآخرين في نفس المدة). لأنّ الإجارة هنا ترد على العمل ذاته لا على المدة ، ولذلك لا يستحق الأجير الأجر ، إلا إذا عمل مهما كانت الموانع ، ولا يشترط تحديد المدة .

ومن أمثلة الأجير المشترك : الحدّاد ، والنّجار ، والبنّاء ، والطّبيب ، فهم يستطيعون الالتزام بأكثر من عمل لأكثر من شخص في نفس المدة .

قال الهيتمي [5]: " سمي بذلك لأنه يمكنه مع ذلك أن يلتزم لآخر ، فكأنه مشترك بين الناس " [6].

---

[1] اللباب في شرح الكتاب ،ج1 ص93 . السمرقندي ، محمد بن أحمد ، تحفة الفقهاء ،ط1 ،1405 هجري، دار الكتب العلمية : بيروت، ج2 ص352 .

[2] الصاوي ، أحمد بن محمد ، بلغة السالك ، ط1 ، 1995 ، دار الفكر : بيروت ، ج3 ص 494 . بداية المجتهد ، ج2 ص332.

[3] الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ط 1995 ، دار الفكر : بيروت ، ج2 ص276 . روضة الطالبين ، ج4 ص299 .

[4] المغني والشرح الكبير ، ج7 ص451 . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج6 ص276 .

[5] الهيتمي ، أحمد بن حجر ،فقيه شافعي ، ولد في مصر ، ونسبته إلى محلة أبي الهيتم ، من إقليم الغربية بمصر ، تلقى علومه

في الأزهر ، ثم انتقل إلى مكة ومات فيها سنة 974 هجري . الأعلام ، ج1 ص243 .

[6] الهيتمي ، أحمد بن حجر ، فتح الجواد بشرح الإرشاد ، ط2 1971 ، البابي الحلبي : مصر ، ص597 .

وبعد أن بينا معنى الأجراء في اصطلاح الفقهاء ، فهل يوجد فرق بين الأجراء والصنّاع؟

تبين لي – ومن خلال استقراء أقوال بعض [1] الفقهاء – أنهم يطلقون لفظ الصانع – في الغالب – على الأجير المشترك ، ولفظ الأجير على الأجير الخاص .

قال المرغيناني [2]:"وكل **صانع** لعمله أثر بالعين كالقصّار والصباغ ......"[3].

وقال الإمام مالك مجيباً عن سؤال من استأجر رجلاً شهراً ليخدمه ؟ :

" وحكم **الأجير** غير حكم **الصانع** ....." [4].

وجاء في كشف القناع :" يجب الضمان على **الصانع** لأنه قد قبض لغرض نفسه ، وجلس لجميع الناس ، ونصب نفسه للصنعة في مكانه الذي عرف به ،ومن هنا فرقنا بين **الصناع و الأجراء** ، فإن **الأجير الخاص** هو الذي يستعمله الرجل في بيته من غير أن يشاركه فيه غيره أو يكون لجماعة دون غيرهم " [5].

وقال الشافعي في معرض حديثه عن الأجراء : " **والصانع والأجير** لا يضمن بحال"[6] . وفي النصوص السابقة إشارة إلى الاستعاضة عن لفظ الأجير المشترك بالصانع .

وقال ابن قدامة :" والأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي في قوله ، وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن "[7] .

وكذلك عرف الدكتور محمد أبو الأجفان – أثناء تحقيقه لكتاب كشف القناع – الصنّاع : أنهم الأجراء الذين يقع التعاقد معهم لصنع شيء أو إصلاحه [8].

---

[1] لا يعني قولي – بعض – هنا أن أكثر الفقهاء لا يطلقون لفظ الصانع على الأجير المشترك ، وإنما أقصد الفقهاء الذين تمكنت من استقراء أقوالهم خلال بحثي هذا .

[2] المرغيناني ،علي بن أبي بكر ، من أكابر فقهاء الحنفية ، نسبته إلى ميرغينان ، من نواحي فرغانة ، كان حافظاً ، مفسراً،

محققاً، أديباً ، مجتهداً ، يعتبر كتابه المذكور من الكتب الرئيسة في المذهب الحنفي توفي سنة ٥٩٣ . الأعلام ،ج٤ ص٢٦٦ .

[3] المرغيناني ، علي بن أبي بكر ، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة ، ط١ ١٣٥٥ ، مطبعة محمد علي صبيح : القاهرة ، ص١٨٧ .

[4] المدونة الكبرى ، ج ٣ص٤٥٧ .

[5] ابن رحّال ، أبو علي الحسن ، كشف القناع عن تضمين الصنّاع ، ط١ ١٩٩٦ ، دار البشائر الإسلامية : بيروت ، ص٨٣ .

[6] الأم ،ج٤ ص٣٧ .

[7] المغني ، ج٧ ص٤٥١ .

[8] كشف القناع عن تضمين الصنّاع ، ص٤٧ .

وهذا معنى الأجير المشترك إذ أن التعاقد يقع مع الأجير الخاص على مدة معلومة وليس على العمل .

وهناك من المالكية من فرق بين الصنّاع والأجراء من حيث حيازة المصنوع للعمل به وعدم حيازته[١] .

والذي أرجحه ، أن الصانع هو الأجير المشترك سواءً حاز المصنوع أم لا ، والله أعلم ، وسيكون الكلام خلال التفصيل عن الأجير المشترك بلفظ الصانع .

[١] جاء في اسهل المدارك " الفرق بين الأجير والصانع ان الأجير هو الذي يعمل بدون أن يكون شيء مما يعمله في حيازته كالبناء فإنه يبني وينصرف ويترك ما عمله تحت يد المستأجر ، ومثله كل صانع يعمل في حيازته كالنجار الذي يصلح الأبواب والشبابيك ، وأما الصانع فهو الذي يعمل فيما هو تحت يده كالخيّاط والحداد والصانع " .
الكشناوي ،أبو بكر بن حسن ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ط٢ ، عيسى البابي الحلبي : مصر ،ج٢ ص٣٢٦ .

المبحث الأول

تضمين الأجير الخاص

اتفق جمهور الفقهاء ، من الحنفية [1]، والمالكية [2]، والشافعية [3]، والحنابلة[4] ، والظاهرية[5] ، على أن الأجير الخاص لا يضمن ما هلك في يده أو من فعله ، إلا إذا تعمد الإفساد أو فرط ، فإنه يكون ضامناً لما جنت يده .

هذا ما يتبين من استقراء أقوال الفقهاء المبثوثة في الكتب الفقهية على اختلاف المذاهب.

قال السمرقندي [6]: " فأجير الواحد لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها ....حتى لو هلك بيده لا بصنعه لا يضمن بالإجماع ، وكذلك لو تخرق بصنعه الذي هو من العمل المأذون فيه " [7].

وقال ابن عابدين [8]: "ولا يضمن ما هلك في يده أو عمله .... إلا إذا تعمد الفساد فيضمن

---

[1] الهداية ، ج٣ ص٢٧٦ . بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٤ . العيني ،محمود بن أحمد ، البناية في شرح الهداية ، ط٢، ١٩٩٠ ، دار الفكر : بيروت ، ج٧ ص٩٧٦. البابرتي ، محمد بن محمود ، شرح العناية على الهداية ، دار الفكر : بيروت ،ج٩ ص١٢٩ . اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٣ .

[2] الخرشي ، ج٧ ص٢٦ . بداية المجتهد ، ج٢ ص٢٧٧ . الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٢ . الجعلي ، عثمان بن حسين ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ، البابي الحلبي : مصر ، ص١٨٢ .

[3] المهذب ، ج٢ ص٢٦٧ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٤ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٦ . تكملة المجموع ،ج١٥ ص٣٥٤.

[4] المغني والشرح الكبير ،ج٧ ص٤٥٥ . كشاف القناع ، ج٤ ص٣٣ . الفتوحي ، محمد بن أحمد ، منتهى الإرادات ، عالم الكتب : بيروت ،ج١ ص٤٩٢ . ابن مفلح ، أبو عبد الله محمد ، كتاب الفروع ، ط٤ ١٩٨٥ ، عالم الكتب : بيروت ج٤ ص٤٤٩.

[5] المحلى بالآثار، ج٧ ص٢٨ .

[6] محمد بن أحمد ، علاء الدين السمرقندي ، من كبار فقهاء الحنفية ، أقام في حلب ، واشتهر بكتابه تحفة الفقهاء ، الذي يعد من المراجع الرئيسة في المذهب الحنفي ، توفي سنة ٥٤٠ هجرية . الأعلام ، ج٥ ص٢٩٨.

[7] تحفة الفقهاء ، ج٢ ص٣٥٢.

[8] الشهير بابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره ، مولده ووفاته في دمشق توفي سنة ١٢٥٢ هجري . الأعلام ، ج٦ ص٤٢ .

كالمودع " [1].

وفي الفتاوي الهندية : " وحكم أجير الواحد أنه أمين في قولهم جميعاً حتى إن هلك من عمله لا ضمان عليه فيه " [2].

وعندما سئل الإمام مالك عن تضمين الأجير الخاص قال :

" لا يضمن إلا أن يتعدى فإن لم يتعد فلا يضمن " [3].

وفي هذا يقول الشافعي : " الصانع والأجير لا يضمن بحال ، إلا ما جنت يده سواء كان خاصاً أو عاماً " [4].

وأكد ابن قدامة ذلك بقوله : " فأما الأجير الخاص ...فلا ضمان عليه ما لم يتعد"[5].

وقال ابن حزم : " ولا ضمان على أجير مشترك أو غير مشترك ولا على صانع أصلاً" [6].

وتلك هي أدلة الفقهاء بكل من الخبر والأثر والمعقول على عدم تضمين الأجير الخاص[7]:

أولاً :أن الأجير الخاص لا يضمن باعتباره مؤتمناً ، والنبي صلى الله عليه وسلم أسقط الضمان عن الأمناء ، إذ قال : **" لا ضمان على مؤتمن "** [8].

---

[1] ابن عابدين ، محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ط١ ١٩٩٤ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٩ ص٩٧ .

[2] مجموعة من علماء الهند بأمر الحاكم محي الدين محمد أورنك ، الفتاوي الهندية ، ط٣ ١٩٧٣ ، المطبعة الأميرية : مصر ، ج٤ ص٥٠٠ .

[3] المدونة ، ج٣ ص٤٣٩ .

[4] الأم ، ج٤ ص٣٧.

[5] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٥.

[6] المحلى بالآثار ، ج٧ ص٢٨.

[7] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩٣ . البناية في شرح كتاب الهداية ، ج٩ ص ٣٨٨ .كشف القناع عن تضمين الصنّاع ، ص٧٦ . العزيز ، ج٦ ص١٤٦ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص ٤٢٥ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٥ . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٦٦ . شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص ٣٧٦ . المحلى بالآثار ، ج٧ ص٢٨.

[8] الحديث ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ،أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا ضمان على مؤتمن " ، أنظر : سنن الدارقطني ، كتاب البيوع ، ج٣ ص٤١ . قال الدارقطني : عمرو بن شعيب ضعيف . سنن البيهقي الكبرى، باب لاضمان على مؤتمن ، حديث رقم ١٢٧٠٠ ، ج٦ ص٤٧٣ . نيل الأوطار ، كتاب الوديعة والعارية ، حديث رقم ٢٣٧٧ ،ج٥ ص٣١٧ . ابن الجوزي ، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ، التحقيق في أحاديث الخلاف ،ط١ ،= ==

وجه الدلالة في الحديث : أن منطوق الحديث يدل على نفي الضمان عن المؤتمن ، وبما أن الأجير الخاص كذلك فلا ضمان عليه .

ثانياً: ما روي عن علي رضي الله عنه – أنه كان يضمن الأجراء ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا[1] – مرسل والصحيح أنه كان يضمن الصبّاغ والصوّاغ ، والمطلق محمول على هذا المقيد [2].

وجه الدلالة : أن الأثر الأول – عن علي ﷺ كان يضمن الأجراء – ضعيف وهو في نفس الوقت جاء مطلقاً – الأجراء – بينما الصحيح ، الأثر الثاني – كان يضمن الصبّاغ والصوّاغ – إذ قيد هذا النص مطلق الأجراء بالصبّاغ والصوّاغ ، وبالتالي فإن الضمان يقع على

= ١٤١٥ هجرية، دار الكتب العلمية : بيروت ،ج٢ ص٢٢٣ . وقال ابن حجر عن طريق رواية الحديث : ضعيفة ، تلخيص الحبير ، حديث رقم ١٣٨٣ ، ج٣ ص٩٧ . وقال الزيلعي : واستدل ابن الجوزي في التحقيق على أنه لاضمان على الأجير المشترك ، بما رواه الدارقطني حدثنا الحسين بن اسماعيل ثنا عبد الله بن شبيب حدثني اسحق بن محمد ثنا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لاضمان على مؤتمن " قال في التنقيح : هذا إسناد لايعتمد عليه ، فإن يزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره ، وقال النسائي : متروك الحديث ، وعبد الله بن شبيب ضعفوه . الزيلعي ، جمال الدين عبد الله بن يوسف ، نصب الراية لأحاديث الهداية ،ط ١٣٥٧ ، دار الحديث : مصر ، ج٤ ص١٤١ .

(1) قال الزيلعي: عن الحديث الأول "عن خلاس عن علي أنه كان يضمن الأجراء " ، أنّ هذا الحديث يضعفه أهل الحديث ويقولون أحاديث خلاس عن علي من كتاب –لم يسمع منه – ، قال : ورواه جابر عن الشعبي عن علي ، وجابر الجعفي ضعيف ولكن إذا ضمت هذه المراسيل بعضها إلى بعض قويت ، وعن الحديث الثاني " كان يضمن الصبّاغ والصوّاغ " فيه انقطاع بين جعفر وعلي . نصب الراية ، ج٤ ص١٤١ . وقال البيهقي : وأهل العلم يضعفون أحاديث خلاس عن علي، وقد روى جابر الجعفي وهو ضعيف عن الشعبي قال : كان علي يضمن الأجير والله أعلم . السنن الكبرى ، باب ما جاء في تضمين الأجراء ، حديث رقم ١١٤٣٧. وقال الشافعي : وقد يروى من وجه لا يُثْبِتُ أهل الحديث مثله ،أن علي – رضي الله عنه ضمن الغسّال والصوّاغ ، وقال : لايصلح الناس إلا ذلك ، ويروى عن عمر – رضي الله عنه – تضمين بعض الصنّاع من وجه أضعف من ذلك ، ولم نعلم واحداً منهما يثبت . الأم ، ج٤ ص٤٠ .

(2) المطلق : اللفظ الدّال على مدلول شائع في جنسه . المقيد : ما يدل لا على شائع في جنسه .

أما مسألة حمل المطلق على المقيد فهي مدار خلاف بين الفقهاء يمكن إيجازها على النحو التالي :

إذا ورد الخطاب مطلقاً فإنه يحمل على إطلاقه ، وإذا ورد مقيداً حمل على تقيده ، وإذا ورد مطلقاً في موضع ومقيداً في موضع آخر ، فينظر : إذا اختلفا في السبب والحكم ، أو اتفقا في السبب واختلفا في الحكم ، فلا خلاف بين العلماء في أنه لا يحمل أحدهما على الآخر . وإذا اتفقا في السبب والحكم فلا خلاف في الصحيح من أقوال المذاهب في حمل المطلق على المقيد . أما إذا اختلفا في السبب واتفقا في الحكم فذهب الجمهور إلى حمل المطلق على المقيد خلافاً للحنفية ، والله أعلم . أنظر : الجويني ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، البرهان في أصول الفقه ، ط٤ ١٤١٨ ، دار الوفاء : المنصورة ، ج١ ص٢٨٩. الشيرازي ،أبو اسحق ابراهيم بن علي ، اللمع في أصول الفقه ، ط١ ١٩٨٥ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج١ ص٤٤ . الحنبلي ، علي بن عباس البعلي ، القواعد والفوائد الأصولية ، ط ١٩٥٦ ، مطبعة السنة المحمدية : القاهرة ، ج١ ص٢٨٣ .

هذين فقط . قلت : وهذا التقييد ليس له وجه إلا من حيث وقوعه على الصانع ، الذي منه الصبّاغ والصوّاغ ، هذا بالإضافة إلى كون الأثرين المحتج بهما سالفاً في نفس المستوى من حيث الضعف كما هو مبين في الحاشية والله أعلم .

ثالثاً : ما روي عن عطاء[1] أنه قال : " لاضمان على صانع ولا أجير " [2].

وجه الاستدلال : منطوق الأثر ينفي الضمان عن الأجير الخاص والصانع .

رابعاً : ما روي عن الشعبي[3] أنه قال : " ليس على أجير مشاهرة ضمان " [4].

وجه الاستدلال : منطوق الأثر ينفي الضمان عن الأجير الخاص ، وقوله مشاهرة ، أي يؤجر نفسه شهراً بعد شهر .

خامساً : أن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه لما أمر به ، فلم يضمن كالوكيل .

وجه الاستدلال : قياساً على الوكيل ، إذ أن الوكيل لا يضمن ، لأنه نائب عن المالك ، فكذلك الأجير الخاص لا يضمن ، لأنه نائب عن المالك في صرف منافعه لما أمر به ويصير فعله منسوباً إليه كأنه فعله بنفسه .أو يمكن القول أن المال غير مسلّم إليه حقيقة ، وإنما استعان به المالك في شغله ، كما يستعين بالوكيل .

سادساً : لأن عمله غير مضمون عليه فلم يضمن ما تلف به ،كسراية القصاص والحد .

وجه الاستدلال : أنهم قاسوا التلف المترتب على عمل الأجير الخاص ، كالتلف المترتب عن سراية القصاص والحد ، فكما أن المباشر للقصاص والحد لا يضمن السراية عنهما ، فإن الأجير لا يضمن ما تلف من عمله .

---

[1] التابعي عطاء بن أبي رباح ، من أكابر فقهاء التابعين ، ولد في اليمن في منطقة تدعى جند ، وكان عبداً أسوداً ثم رحل إلى مكة المكرمة ونشأ فيها وتفقه فيها حتى أصبح مفتي أهلها ومحدثهم حتى توفي فيها سنة ١١٤ هجري . الأعلام ، ج٤ ص٢٣٥ . الذهبي ، محمد بن أحمد ، سير أعلام النبلاء ، ط٩ ، ١٤١٣ هج ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، ج٥ ص٧٩ .

[2] سنن البيهقي ، ج٦ ص٢٠٢ .

[3] أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة النخعي –رضي الله عنه – ، من أفقه التابعين ،قال الشعبي حين بلغه موت إبراهيم أهلك الرجل قيل نعم قال لو قلت أنعي العلم ما خلف بعده مثله نشأ في أهل بيت فقه فأخذ فقهم ثم جالسنا فأخذ صفو حديثنا إلى فقه أهل بيته فمن كان مثله توفي سنة ٩٥ هجري . طبقات الفقهاء ، ج١ ص٨٣ .

[4] المحلى بالآثار ، ج٧ ص٢٩ .

سابعاً : القاعدة الفقهية " أن الأجر والضمان لا يجتمعان " [1].

وبما أن الأجير الخاص تجب له الأجرة بمجرد تسليم نفسه ، فلا يضمن هلاك الشيء في يده .

أما إذا تعمد الأجير الخاص الإتلاف ، فإنه يضمن لإتلافه مال الغير على وجه التعدي ، وكذلك إذا فرّط ، كأن يقصّر بالحفظ فإنه يضمن كسائر الأمناء [2].

وإذا اختلف الأجير والمالك في التعدي بأن قال المالك : تعديت ، وأنكر الأجير ، يراجع فيه عدلان من أهل الخبرة ويعمل بقولهما ، فإذا لم يوجد ، فالقول قول الأجير مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته من الضمان [3].

ومن الأمثلة الواقعية على تضمين الأجير الخاص تضمين سائق سيارة الأجرة إذا تعمد إتلافها أو عدم إصلاحها وهو يعلم أن السير بها على هذه الحالة يؤدي إلى إتلافها ، وكذلك تضمين الموظفين ، إذا تلف شيء من الأدوات والأجهزة التي يستعملونها في العمل نتيجة تقصيرهم ، أو تضمين عمال المصانع إذا تلف شيء من المصنوعات نتيجة تقصيرهم أو تفريطهم .

---

[1] هذه القاعدة خاصة بالمذهب الحنفي ، ولا يتبنّاها جمهور الفقهاء .

المدخل الفقهي ، ج٢ ص١٠٣٦ . القواعد الفقهية ، ص٣٥١ .

وقال أحمد الزرقا في شرح هذه القاعدة – أثناء تعليله لها – : لأن الضمان إنّما يكون بسبب التعدي ، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب ، ومنافع المغصوب غير مضمونة ، لأن المنافع معدومة ، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية ، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها ، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامناً ، بل يرتفع ، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً ، وغاصباً ضمينا في آن واحد لتنافي الحالتين . شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣١ .

[2] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩٧ . العك ، خالد عبد الرحمن ، موسوعة الفقه المالكي ، ط١ ١٩٩٣ ، دار الحكمة : دمشق ، ج١ ص١٦٠ . العزيز ، ج٦ ص١٤٥ . كشّاف القناع ، ج٤ ص٣٣ .

[3] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٦ . البيجوري ، الشيخ إبراهيم ، حاشية البيجوري ، ط١ ١٩٩٤ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٢ ص٥٩ .

المبحث الثاني

تضمين الصانع

ينبغي الإشارة هنا إلى اتفاق الفقهاء[1] على تضمين الصانع بالتعدي .

قال السغدي في معرض حديثه عن الحالات التي يضمن فيها الصانع : " ... أن يكون هلاكه من جناية يده فإنه يضمن اتفاقاً " [2].

ويقول السرخسي : " الأجير المشترك ضامن لما جنت يده " [3].

وهذا ما أكده الشافعي بقوله: " فأما ما جنت أيدي الأجراء والصنّاع فلا مسألة فيه، فهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده ، ولأن الجناية لا تبطل عن أحد،وكذلك لو تعدّوا ضمنوا " [4].

وقال ابن حزم : " فإن قامت عليه بينة بالتعدي أو الإضاعة ضمن " [5].

وإنما اختلف الفقهاء في تضمين الصانع ما هلك في يده أو بفعله من غير تعد ، سواء كان منفرداً أو يعمل في حضرة المالك ، على عدة أقوال ، أبينها فيما يلي :

أولاً : الحنفيـــة[6] :

---

[1] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٨٩ . المدونة ، ج٣ ص٤٠٠ . الأم ، ج٤ ص٤٠ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥١ . المحلى بالآثار ، ج٧ ص٢٨ .

[2] النتف في الفتاوي ، ج٢ ص٥٦١ .

[3] المبسوط ، ج١٦ ص١٠ .

[4] الأم ، ج٤ ص٤٠ .

[5] المحلى بالآثار ، ج٧ ص٢٨ .

[6] بدائع الصنّائع ،ج٤ ص٧٢ . تحفة الفقهاء ، ج٢ ص٣٥٢ . رد المحتار ، ج٩ ص٨٩ . اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٣ . الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠٠ . الفتاوي البزّازية ، ج٥ ص٨٧ . مجمع الضمانات ج١ ص١٠١ . الفرغاني ، حسن بن منصور ، الفتاوي الخانية ، ط١٩٧٣ ، المطبعة الأميرية : بولاق ، ج٢ ص٣٣٨ .

ذهب أبو حنيفة وزفر من الحنفية إلى أن المتاع أمانة في يد الصانع إذا هلك قبل العمل، فلا يضمنه ، سواء هلك بأمر يمكن التحرز منه ، كالسرقة ، والغصب ، أو بأمر لا يمكن التحرز منه ، كالحريق الغالب ، والعدو المكابر ، واحتجوا لذلك بما يلي :

ا- أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكنه التحرز منه لم يضمنه .

وجه الاستدلال : أن العين أمانة ، وبما أن الأمانة لا يضمنها الأمين إذا هلكت بسبب لا يمكن التحرز منه ، فهي كذلك لا تضمن إذا هلكت بسبب يمكن التحرز منه .

ب - أن الحفظ المستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ، لذلك فهو لا يضمن .

وجه الاستدلال : أن قبض العين ليس المقصود منه الحفظ - أي لم يقبضها الصانع ليحفظها - وإنما العمل " تصنيعها " فبالتالي لا يضمن .

وحتى لو شرط المالك الضمان على الصانع ، لم يضمن كذلك لأن شرط الضمان في الأمانة مخالف لقضية الشرع فيكون باطلاً .

وخالف أبو يوسف ومحمد إمام المذهب ، وقالوا بتضمين الصانع ما هلك بيده قبل العمل إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز منه ،كالحريق الغالب ، أما إذا هلك بأمر يمكن التحرز منه ، كالسرقة فإنه يضمن واحتجوا لذلك بما يلي :-

أ- قول النبي ﷺ " على اليد ما أخذت حتى ترده "[1] .

وجه الاستدلال : بمنطوق الحديث ، إذ أن الصانع عجز عن رد عين المصنوع - بالهلاك -فيجب عليه رد مثله أو قيمته .

ب- ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الصانع[2].

وجه الاستدلال : أن منطوق الآثار الواردة عن عمر وعلي رضي الله عنهما ، يدل على تضمين الصانع .

ج- أنّ الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن التحرز عنه كان التقصير من جهته .

---

[1] سبق تخريجه في التمهيد ،ص٢١ .

[2] ضعف الشافعي وابن حجر الآثار الواردة عن عمر وعلي رضي الله عنهما في تضمين الصنّاع ، وقال الزيلعي : أن هذه الآثار قد ترتقي إلى رتبة الحسن ، لأن المراسيل التي جاءت بها يقوي بعضها بعضاً . الأم ، ج٤ ص٤٠ . ابن حجر، تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ، ط ١٩٦٤ ، المدينة المنورة ، ج٣ ص٦١ . نصب الراية ، ج٤ ص١٤١ .

وجه الاستدلال : أنّ الحفظ مستحق عليه كما هو العمل مستحق عليه ، إذ لا يمكن العمل إلا به ، فالحفظ ليس مستحقاً تبعاً بل مقصوداً .

وقد ردّ الإمام أبو حنيفة ما احتج به الصاحبان بما يلي :-

أ- الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المعتدي لقوله ﷻ : ﴿ فَلا عُدْوَانَ إِلا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [1]، ولم يوجد التعدي من الأجير ، لأنه مأذون له في القبض ، والهلاك ليس من صنعه ، فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع عنده ، والحديث لا يتناول الإجارة ، لأنّ الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر ، فكان المراد منه الإعارة والغصب.

ب- أما فعل عمر ﷺ فربما كان في بعض الأجراء ، وهو المتهم بالخيانة .

وهناك رأي ثالث في المذهب ، إذ أفتى المتأخرون من الحنفية بالصلح على نصف القيمة ، وذلك عملاً بالقولين - قول أبي حنيفة عدم الضمان ، وقول الصاحبين الضمان - ومعناه العمل في كل نصف بقول حيث حط النصف وأوجب النصف ، **وقيل** إن كان الأجير مصلحاً لا يضمن، وإن كان بخلافه يضمن ، وإن كان مستور الحال يؤمر بالصلح على نصف القيمة .

وأما ما تلف بعمله فقد اتفق أئمة المذهب - أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومحمد - على تضمينه وخالف في ذلك زفر .

قال المرغيناني : " وما تلف بعمله..... مضمون عليه ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لأنه أمره بالفعل مطلقاً " [2].

وفي مجمع الضمانات : " ويضمن بالاتفاق ما يتلف بعمله " [3] .

وقد لخص ابن عابدين رحمه الله ضمان الأجراء في المذهب بكلمات قليلة شاملة إذ قال:
" اعلم أنّ الهلاك إما بفعل الأجير أو لا، والأول إما بالتعدي أو لا ، والثاني إما ما يمكن الاحتراز عنه أو لا ، ففي الأول بقسميه يضمن اتفاقاً ، وفي ثاني الثاني لا يضمن اتفاقاً ، وفي أوله لا يضمن عند الإمام مطلقاً ، ويضمن عندهما مطلقاً " [4].

---

[1] سورة البقرة ، أية ١٩٣ .

[2] الهداية، ج٣ ص٢٧٤ .

[3] مجمع الضمانات ، ج١ ص١٠٣ .

[4] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ص٨٩ .

ومعنى كلامه أنّ ما هلك بفعل الأجير فإنه يضمنه عند الحنفية سواءً كان بتعدٍ أم بغير تعدٍ ، وأما ما هلك بغير فعله فإن كان بسبب لا يمكن الاحتراز منه فإنه لا يضمنه عند الحنفية ، أما إذا كان بسبب يمكن التحرز منه فلا يضمنه عند إمام المذهب ويضمنه عند الصاحبين .

وقد اشترط الحنفية لتضمين الصنّاع ما يلي [1]:-

١- أنّ في وسعه دفع ذلك الفساد ، فإذا كان فوق طاقته لا يضمن كأن يكون حريق غالب.

٢- أن يكون محل العمل مسلماً له بالتخلية ، فإذا كان صاحب العمل معه فلا يضمن .

٣- أن يكون المضمون مما يجوز ضمانه بالعقد ، فلا يضمن الآدمي ، لأنّ ضمان الآدمي لايجب بالعقد وإنما يجب بالجناية .

وأما أدلة الحنفية في تضمين الصنّاع فهي :-

أولاً : السنة :

قال صلى الله عليه وسلم : " على اليد ما أخذت حتى ترده " [2].

وجه الاستدلال : منطوق الحديث إذ أنّ الصانع عجز عن رد العين – المصنوع – فيجب عليه رد مثله أو قيمته .

ثانياً : الاستحسان[3] :

---

[1] مجمع الضمانات ، ج١ ص١٠٣ .

[2] سبق تخريجه في التمهيد ص٢١.

[3] اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الاستحسان على النحو التالي :

فعرفه الكرخي من الحنفية : " هو أن يعدل إنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول " . وقيل في تعريف آخر : "أنه دليل ينقدح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته " .

وعرفه ابن العربي من المالكية :" بأنه إيثار ترك مقتضى الدليل عن طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في بعض مقتضياته . وعرفه الشاطبي : " بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي .

وعرفه الحنابلة : "بأنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة .

قال د. عبد الكريم زيدان : " يستفاد من مجموع التعاريف أن المقصود بالاستحسان : هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي لدليل تطمئن إليه نفس المجتهد ، يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدل" .

وكان أبو حنيفة رحمه الله بارعاً بالاستحسان ، حتى قال عنه تلميذه محمد بن الحسن : " أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس ، فإذا قال أستحسن لم يلحق به أحد " .

وأما بالنسبة لحجية الاستحسان ، فقد قال بحجيته الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة وأنكره الشافعية ، وابن حزم ، والشيعة ، والمعتزلة . قال مالك : " الاستحسان تسعة أعشار العلم "، وقال أيضاً : "إن المفرق في القياس يكاد يفارق السنة " ". وقال الآمدي : " وقد أختلف فيه – الاستحسان – فقال به أصحاب أبي حنيفة ، وأحمد بن حنبل ، وأنكره الباقون حتى نقل عن الشافعي أنه قال : من استحسن فقد شرع " . وقال الشافعي في الرسالة : " كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان " . وقال أيضاً : " إنما الاستحسان تلذذ " .-----

قال المرغيناني :" لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما – أبو يوسف ومحمد – لصيانة أموال الناس " [1].

وعلل العيني[2] تضمين الصانع بقوله : " أنه يتقبل أعياناً كثيرة ، رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها ، فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ،ولا يأخذ إلا ما قدر على حفظه " [3].

ووجه الاستدلال – بالاستحسان – : أن الصانع لو لم يضمن ، لتقبل من أعمال الناس أكثر من طاقته ، ليستجلب أكبر قدر من الربح _ خاصّة في هذا الزمن الذي كثر فيه الجشع والطمع _ مما يعرض الأموال للهلاك أو الضياع ، فبالتالي شرع الضمان استحساناً لصيانة أموال الناس من التلف والضياع .

قال د. مصطفى البغا : "ليس الخلاف بين العلماء في جواز استعمال لفظ الاستحسان . فهذا متفق عليه ، وهو وارد في الكتاب والسنة ، أو كان ما يراد به هو ما يميل إليه الإنسان ويهواه وإن كان مستقبحاً فهو مردود بالاتفاق . وكذلك ليس الخلاف على الاستحسان بالمعنى الذي ذكره الخرقي – تعريف الحنابلة – ، فإنّ العمل به محل اتفاق لدى جميع الأئمة وإن اختلفوا بالتسمية . وإنما الخلاف في موطنين وهما :

أ – استعمال الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به متقدمو الحنفية بأنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد تقصر عنه عبارته .

ب- الاستحسان بالمعنى الذي عرفه به الغزالي " ما استحسنه المجتهد بعقله " .

أنظر : البخاري ، عبد العزيز بن أحمد ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ، ط٣، ١٩٩٧ م، دار الكتاب العربي : بيروت ، ج٤ ص ٨ . الرازي ،فخر الدين محمد بن عمر ، المحصول في علم أصول الفقه ، ط٢ ،١٩٩٢م ، الرسالة : بيروت ، ج ص . الموافقات في أصول الشريعة ، ج٤ ص١٤٨ . الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، الاعتصام ، ط٢ ٢٠٠٠ ، دار المعرفة :بيروت ، ج٢ ص٤١٦ . الشافعي ،الإمام محمد بن إدريس ، الرسالة ،ط– ، المكتبة العلمية:بيروت ، ص٥٠٧ . الأمدي ، أبو الحسن علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، ط -١٩ ، دار النشر – ، ج٤ ص١٣٦ . الإسنوي ، عبد الرحيم بن الحسن ، نهاية السول في شرح منهاج الأصول ، ط- ١٩٨٢ ، عالم الكتب : بيروت، ج٤ ص ٣٩٩. ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد ، روضة الناظر وجنة المناظر ، ط٢ ١٣٩٩ هجري ، جامعة الإمام محمد بن سعود : الرياض ،ج١ ص١٦٧. زيدان، عبد الكريم ، الوجيز في أصول الفقه ، ط ١٩٩٣ ، دار التوزيع الإسلامية : القاهرة ، ص٥٠٧ . البغا ، مصطفى ذيب ، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ، ط٣ ١٩٩٩م ،دار القلم : دمشق ، ص١٢٣ .

[1] الهداية ، ج٣ ص٢٧٦.

[2] العيني ، محمود بن أحمد بن موسى ، علامة ، محدث ، مؤرخ ، من كبار فقهاء الحنفية ، نسبته الى عينتاب ، قرية بجوار حلب ، رحل إلى مصر ، ودمشق ، والقدس ، شغل عدة وظائف ، ثم انصرف عنها وعكف على التدريس والتصنيف إلى أن توفي سنة ٥٨٨ . الأعلام ، ج٧ ص١٦٣ .

[3] البناية ، ج٩ ص٣٨٨.

ثالثاً : العرف [1]:

جاء في الفتاوي الهندية : " وبقولهما يُفتى اليوم ،لتغير أحوال النـــاس ، وبـــه يحصـــل صيانة أموالهم " [2].

ووجه الاستدلال – بالعرف – :أي نتيجة لفساد الناس وضعف دينهم وقلة أمانتهم – خلافاً لمـــا كانوا عليه في السابق – يفتى بقول أبي يوسف ومحمد ، وهو أنّ الصانع يضمن ما تلف في يده سواء بفعله أو بغيره ، إذ أنّ الفقهاء في القدم كانوا لا يُضمّنون الصنّاع بناءً على أمانتـــهم أمـــا اليوم فإنّ فساد الناس وقلة دينهم يدعوان إلى تضمينهم .

---

[1] عرفه الحنفية : بأنه " عبارة عمّا يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة " . وقريباً من ذلك عرفه الجرجاني إذ قال : بأنه " ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول ، وتلقته الطباع بالقبول " . وعرفه الزرقا : أنـــه " عادة جمهور قوم في قول أو عمل " .

وأما بالنسبة لحجيته : فقد أخذ به الفقهاء الأربعة ، خاصّة الحنفية والمالكية .

قال ابن نجيم : "واعلم أنّ اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلـــك أصـــلاً " . وقـــال القرافي : " إنّ إقرار الأحكام التي مدركها العادات ، مع تغير تلك العادات خلاف الإجماع ، وجهالة في الدين ، بل كل مـــا هو في الشريعة يتبع العادات يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه ، بل هو قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعـــوا عليها " . وقال السيوطي : " إعلم أنّ اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه ، في مسائل لا تعد كثرة " . وقال ابن القيم: " ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم ، وعوائدهم ، وأزمنتهم ، وأمكنتهم ، وأحوالهم وقرائـــن أحوالهم ، فقد ضلّ وأضل " . وقال معللاً ذلك : " لأن الأحكام المترتبة على القرائن تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت كالعقود في المعاملات ، والعيوب في الأعواض في المبيعات ونحو ذلك " .

وقال د. البغا : "لا خلاف بين الفقهاء في وجوب العمل بالعرف الشرعي – الذي نص عليه الشرع ابتداءً أو كان موجـــوداً فأقره – وترك العرف المخالف للشرع وهذا ما يدل عليه كلام الفقهاء والأصوليين . إنما الخلاف في حجية العرف الـــذي ليس في نفيه أو إثباته دليل شرعي" . وأورد د. البغا نصوص من المذاهب الأربعة تدل على أنّ العرف معتـــبر عندهـــم جميعاً .

ومن أهم القواعد التي أصلّها الفقهاء لاعتبار العرف :-

(أ) العادة محكمة .

(ب) لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .

(ج) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

(د) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

(هـ) استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

(و) إنما تعتبر العادة إذا اطردت .

أنظر : الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ص٩٢ . الموافقـــات ، ج٢ ص٢١٧ . الأشـــباه والنظـــائر ، الســـيوطي ، ج١ ص١٩٣. ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ط٢ ١٩٧٧ ، دار الفكر :بـــيروت ، ج٣ ص ٨٨ . التعريفات ، ج٢ ص١٨٨ . الإمام مالك ، أبو زهرة ، ص٤٤٧ . المدخل الفقـــهي ، ج٢ ص٩٩٩ . أثـــر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ، ص٢٥٣ .

[2] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠٠ .

وهذا ما دفع الربيع [١] إلى القول : " رأي الشافعي هو عدم تضمين الأجراء ولكن الذي يمنعه من الجهر برأيه خوفاً من الضياع " [٢].

وقال الكاساني : " أنّ هؤلاء الأجراء الذين يسلّم المال إليهم من غير شهود تُخاف الخيانة منهم ، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك " [٣].

هذا الكلام يقوله الكاساني عن فساد الذمم وخيانة الأمانات في القرن السادس للهجرة مع قرب عهدهم بالرسالة – بالمقارنة معنا في هذا الوقت – وقيام دولة الإسلام فيهم ، فكيف بهذا الزمان ، ولا حول ولا قوة إلا بالله .

والدليل على فساد الناس مع مرور الزمن بعد عهد النبي ﷺ ما رواه عمران [٤] بن حصين رضي الله عنهما قال : قال النبي ﷺ : " خيركم قرني ، ثمّ الذين يلونهم ، ثمّ الذين يلونهم – قال عمران : لا أدري أذكر النبي ﷺ بعد قرنين أو ثلاثة – قال النبي ﷺ : إنّ بعدكم قوما يخونون ولا يؤتمنون ، ويشهدون ولا يستشهدون وينذرون ولا يوفون ، ويظهر فيهم السِّمن" [٥].

---

[١] الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي مولاهم ، أبو محمد المصري المؤذن صاحب الشافعي وخادمه وراوية كتبه الجديدة قال الشيخ أبو إسحاق وهو الذي يروي كتب الشافعي قال الشافعي الربيع راويتي قال الذهبي كان الربيع أعرف من المزني بالحديث وكان المزني اعرف بالفقه منه بكثير حتى كأن هذا لا يعرف إلا الحديث وهذا لا يعرف إلا الفقه ولد سنة ثلاث أو أربع وسبعين ومائة وتوفي في شوال سنة سبعة ومائتين وقد قال الشافعي فيه أنه أحفظ أصحابي .
ابن قاضي شهبة ، أبو بكر بن احمد بن محمد ، طبقات الشافعية ، ط١ ١٤٠٧ هجري ، عالم الكتب : بيروت ، ج٢ ص٦٦ .

[٢] الأم ، ج٤ ص٤٠ .

[٣] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٣.

[٤] الصحابي الجليل عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي – رضي الله عنه – ، كان إسلامه عام خيبر ، غزا عدة غزوات مع النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان صاحب راية خزاعة يوم فتح مكة ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث ، قال ابن سيرين : أفضل من نزل البصرة من الصحابة ، عمران وأبو بكرة ، توفي سنة ٥٢ هجري .
الإصابة في تمييز الصحابة ، ج٤ ص٥٨٥ .

[٥] صحيح البخاري ، كتاب الشهادات ، حديث رقم ٢٦٥١ ، ج٣ ص٢٠٣ . صحيح مسلم ، كتاب فضائل الصحابة ، حديث رقم ٢٥٣٥ ، ج٤ ص١٥٥ .

رابعاً : مذهب الصحابي [1]:

إذ أحتج الصاحبان بما روي عن عمر وعلي – رضي الله عنهما – أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك – الصانع – .

وجه الاستدلال : أي يجب تضمين الصانع ، بناءً على فتوى الصحابة – عمر وعلي – بذلك لما ورد عنهما في الأثر [2] .

---

[1] مذهب الصحابي ، أو قول الصحابي ، أو فتوى الصحابي ، كلها مترادفات يستعملها الأصوليون في معنىً واحد ، والمراد منها : ما نقل إلينا وثبت لدينا ، عن أحد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، من فتوى ، أو قضاء ، في حادثة شرعية ، لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة ، ولم يحصل عليها إجماع .

والصحابي في تعريف الأصوليين : " من شاهد النبي صلى الله عليه وسلم ، وآمن به ، ولازمه مدةً تكفي لإطلاق كلمة الصّاحب عليه عرفاً " .

وأما بالنسبة للقول بحجيته فقد اختلف فيه العلماء :

أ – ذهب أئمة الحنفية ،ومالك ، والشافعي في القديم ، وأحمد في الراجح من مذهبه ، أنه حجة شرعية مقدمة على القياس.

ب– ذهب الأشاعرة ، والمعتزلة ، والشيعة ، والشافعي في الراجح ، وأحمد في رواية ، والظاهرية ، واختاره بعض متأخري الحنفية والمالكية ، إلى القول أنّه ليس بحجة شرعية .

قال أبو سعيد البردعي من الحنفية: " تقليد الصحابي واجب يترك بقوله القياس وعليه أدركنا مشايخنا ". وروي عن الكرخي أنه كان يقول : أرى أبا يوسف يقول في بعض مسائله القياس كذا ، إلا أني تركته للأثر ، وذلك الأثر قول واحد من الصحابة ، فهذه دلالة بينة من مذهبه على تقديم قول الصحابي على القياس .

قال الآمدي : " اتفق الكل على أنّ مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد لا يكون حجة على غيره من الصحابة المجتهدين ، واختلفوا في كونه حجة على التابعين ومن بعدهم من المجتهدين : فذهب الأشاعرة ، والمعتزلة ، والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، والكرخي ، إلى أنّه ليس بحجة ، وذهب مالك بن أنس ، والرازي ، والبرذعي من أصحاب أبي حنيفة ، والشافعي في قول له ، وأحمد بن حنبل في رواية له أنه حجة مقدمة على القياس ، وذهب قوم إلى أنه إذا خالف القياس فهو حجة ، وإلا ، فلا ، وذهب قوم إلى أنّ الحجة في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما ، والمختار أنه ليس بحجة مطلقاً " .

وقال ابن القيم : " الذي عليه جمهور الأمة أنه حجة ، هذا قول جمهور الحنفية .... وهو مذهب مالك وأصحابه ... وهو منصوص الإمام أحمد في غير موضع ، واختيار أصحابه ، وهو منصوص الشافعي في القديم والجديد " .

أنظر : السمر قندي ، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد،ميزان الأصول في نتاج العقول ،ط٢،١٩٩٧،دار التراث : القاهرة ، ص٤٨١ . السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد ، أصول السرخسي،دار المعرفة : بيروت ، ج٢ ص١٠٥. الإحكام في أصول الأحكام ، ج٤ ص١٣٠ . أعلام الموقعين ، ج٤ ص١٢٠ . الخن ، د. مصطفى، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، ط٧، ١٩٩٨، مؤسسة الرسالة : بيروت، ص٥٣٢. الوجيز في أصول الفقه،ص٢٦١. اثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ، ص٣٣٩ . الزحيلي ، أ.د. وهبة ، أصول الفقه ، ط١،١٩٨٦م، دار الفكر : دمشق ،ص٨٥٢ .

[2] سبق تخريج الأثر الوارد عنهم في ص ٤٩ .

ثانياً : المالكيـــــــــة [1]:

ذهب الإمام مالك – رحمه الله – وأصحابه إلى تضمين الصانع ما هلك – ضاع أو تلف – في يده ، أو من فعله ، سواءً عمل في حانوته ، أو بيته ، سواءً عمل بأجر أو بغير أجر .

قال ابن رشد : " وأصل مذهب مالك أنّ الصناع يضمنون كل ما أُتي على أيديهم مـــن حرق ، أو كسر في المصنوع ، أو قطع ، إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعداً معـــه ، إلا ما كان فيه تغرير من الأعمال " [2].

وقال القرافي : " ويده – الصانع – يد ضمان ، عمل في بيته ، أو حانوته ، بـــأجر أو بغير أجر ، يلقب بصنعته أم لا ، إن انتصب للصنعة " [3].

وجاء في المدونة : " وأصحاب الصناعات كلهم ضامنون لما دفع إليهم " [4].

وقد حدد المالكية شروطاً لتضمين الصنّاع أبينها فيما يلي [5] :-

أ – أن ينصب نفسه للصنعة لعامة الناس ، فلا ضمان على الصانع الخاص بجماعة .

ب– أن يكون المصنوع مما يغاب عليه – يترك عند الصانع – كالحلي والثـــوب ، فـــلا ضمان على معلم الأطفال.

ج– أن يغيب على الذات المصنوعة ، أما إذا صنعها في بيت صاحبها ، أو بحضرته فـــي محل الصانع فلا ضمان عليه ، وقيل يضمن حتى لو بحضرة صاحبها .

د– ألا يكون في الصنعة تغرير ، وإلا لاضمان عليه كنقش الفصوص ، أو البيطار يطـــرح الدابة لكيها فتموت .

هـ– ألا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع ، فإن كانت بينة فلا ضمان ، وخالف في ذلك الأشهب ، فإنه ضمن الصانع وإن قامت البينة على التلف .

و– ألا يكون الصانع أحضر المتاع لربه مصنوعاً على الصفة المطلوبة ، ثم يتركـــه ربـــه اختياراً فيضيع .

---

[1] المدونة ، ج٣ ص٤٠٠ . سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ص١٨١ . بداية المجتهد ، ج٢ ص٢٧٨ . الدســـوقي ، محمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ط- ، البابي الحلبي : مصر ، ج٤ ص٢٨ . الثعلبي ، عبد الوهاب بن علي ، كتاب التلقين في الفقه المالكي ، ط١ ١٤١٥ هجري ، المكتبة التجارية : مكة ، ج٢ ص٤٠٤ . موسوعة الفقـــه المالكي ، ج١ ص١٦١ .

[2] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٨٧ .

[3] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٣ .

[4] المدونة الكبرى ، ج٤ ص٤٩٨ .

[5] حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٨ . أسهل المدارك ج٢ ص٣٣٨ . النفراوي ، أحمد بن غنيم ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، دار الفكر : بيروت ، ج٢ ص١٢٧ . كشف القناع عن تضمين الصنّاع ، ص٧٧ .

وأدلة المالكية على تضمين الصناع ما يلي :-

أولاً : السـنة :

قول النبي ﷺ : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه" [1].

إذ اعتبر القرافي أنّ المتاع المدفوع للصانع إذا تلف ، يبقى ديناً في ذمته حتى يرده إلى صاحبه أو يدفع قيمته [2].

ثانياً : مذهب الصحابي :

وهو ما روي عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه كان يضمن الصنّاع [3] الذين انتصبوا للناس في الأسواق ، ما دفع إليهم .

قال القرافي : " الخلفاء الراشدون قضوا بتضمين الصنّاع وإن لم يتعدوا ، والنبي ﷺ يقول : " عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي " [4]"[5].

وقال يحيى بن سعيد[6] : " مازال الخلفاء يضمنون الصنّاع " [7].

وقال الشاطبي : " إنّ الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصنّاع " [8].

---

[1] سبق تخريج الحديث ص ٢١ .

[2] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٣.

[3] سبق تخريج الأثر الوارد عنهم في ص ٤٩ .

[4] سنن الترمذي ، كتاب العلم ، حديث رقم ٢٦٠٠ ،وقال الترمذي حديث حسن صحيح . سنن أبي داود ، كتاب السنة ، حديث رقم ٣٩٩١ . سنن ابن ماجة ، كتاب السنة ، حديث رقم ٤٢، ص٦ . سنن الدارمي ، كتاب المقدمة ، حديث رقم ٩٥ . مسند أحمد ، مسند الشاميين ، حديث رقم ١٦٥١٩ . وقال ابن حجر : قال البزّار هو أصح سنداً من حديث حذيفة ، وقال ابن عبد البر هو كما قال ، تلخيص الحبير ، ج٤ ص ١٩٠ .

[5] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٢.

[6] أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري -رضي الله عنه - ، مات سنة ثلاث وأربعين ومائة وكان قاضيا لأبي جعفر ، وقال حماد بن زيد : قدم علينا أيوب مرة من المدينة فقلت يا أبا بكر من تركت فقال ما تركت أفقه من يحي بن سعيد .

ابراهيم بن يوسف الشيرازي ، طبقات الفقهاء ، ط- ، دار النشر - ،ج١ ص ٥١ .

[7] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٠١ .

[8] الاعتصام ، ج٢ ص٤٠١.

ثالثاً : الاستصلاح [1]:

[1] قال د. مصطفى الزرقا في تعريف الاستصلاح : " بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة . وهو تسمية جديدة في مقابل الاستحسان ، وهو افضل من تعبير المصالح المرسلة ، الذي لا يفيد إلا معنى المصالح نفسها ، لا معنى عملية بناء الأحكام على أساسها ".
وعرفه د.مصطفى البغا : " ترتيب الحكم الشرعي في واقعة لا نص فيها ولا إجماع بناءً على مراعاة المصلحة المرسلة .
وأما تعريف المصلحة المرسلة ، ويطلق عليها أيضاً (الاستدلال المرسل ، المناسب المرسل) ، فعرفها الشاطبي : " أنها اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين " . وعرفها البوطي : " أنها كل منفعة داخلة في مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء . وعرفها الزرقا : "بأنها كل مصلحة لم يرد في الشرع نصّ على اعتبارها بعينها أو نوعها".
أما بالنسبة لحجية الاستصلاح ، فأكثر من أخذ بها الإمام مالك ، ثمّ أحمد بن حنبل ، وأنكرها الشافعي وأبو حنيفة .
قال الآمدي : " اتفق الفقهاء من الشافعية والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به – الاستصلاح – وهو الحق إلا ما نقل عن مالك أنه يقول به " . وقال الغزالي : " يتبين أنّ الاستصلاح ليس أصلاً خامساً برأسه ، بل من استصلح فقد شرّع ، كما أنّ من استحسن فقد شرّع " .
إلا أنّ القرافي ومعظم العلماء المحدثين – الذين كتبوا في المصلحة بشكل خاص ، أو بالأصول بشكل عام – يرون أنّ معظم علماء المذاهب أخذوا بالمصلحة المرسلة ، وإن لم يذكروها باسمها الصريح .
قال القرافي : " المصلحة المرسلة في جميع المذاهب عند التحقيق ، لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ، ولا يطلبون شاهداً بالاعتبار ، ولا يُعنى بالمصلحة المرسلة إلا ذلك ".
قال (د. مصطفى الخن ، ود. مصطفى البغا) : تكاد كلمة الأصوليين تلتقي على أنّ القول بالاستصلاح –المصالح المرسلة – أمر مختلف فيه ، وأنّ الراجح من الآراء أنّه لا يصح الاستدلال به ، إذ لا دليل على اعتباره ، وأنه لم يذهب إلى القول به إلا الإمام مالك رحمه الله ، ولكنك إذا رجعت تتتبع فقه الأئمة الثلاثة واجتهاداتهم في مراجعها الأصلية ، رأيت ما يدل على أنهم جميعاً كانوا يبنون أحكامهم الاجتهادية وفق المصالح المرسلة .
كذلك فإنّ د. البوطي ، ود. يعقوب الباحسين ، ذكروا بعضاً من فتاوي الشافعي ، وأبو حنيفة التي تعتمد إلى المصالح المرسلة .
وقال د. الزرقا : الاجتهاد الحنفي قد أسس نظرية الاستحسان ، الذي هو كما رأينا خروج عن النظائر والقواعد القياسية العامة لوجهة أقوى ، أو لضرورة تقتضي مصلحة أو تدفع مفسدة . فالفرق في نظرنا بين الحنفية والمالكية في هذا الموضوع إنّما هو اختلاف في الاصطلاح وليس في الاستصلاح .
أنظر : الاعتصام ، ج٢ ص٣٩٥ . نهاية السول ، ج٤ ص٣٨٦ . الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، المستصفى من علم الأصول ، ط١، ١٩٩٧ م، مؤسسة الرسالة : بيروت ، ج١ ص٤٣١ . الإحكام في أصول الأحكام ، ج٤ ص١٤٠ . التحبير شرح التحرير ، علي بن سليمان المرداوي ، ط١ ، ٢٠٠٠م، مكتبة الرشيد للنشر والتوزيع : الرياض،ج٣ ص ٣١٨. البوطي : د. محمد سعيد رمضان ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، ط٦، م١٩٩٢ ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، ص٢٨٨ . المدخل الفقهي العام ، ج١ ص١٢٠ . أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، دار الفكر : بيروت ، ص٢٨٤ . أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، ص٥٥٤ . أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ص٤١ . الباحسين ، د.يعقوب ، رفع الحرج في العقيدة الإسلامية ، ط٣ ،٢٠٠٠ م، مكتبة الرشد : الرياض ، ص٢٥٩ .

إذ أنّ الإمام مالك رحمه الله جعل من ضمن تعليله –تضمين الصنّاع – مصلحة الناس في ذلك ، إذ قال : " إنما يضمن ما دفع إليهم مما يستعملون على وجه الحاجة إلى أعمالهم ، وليس ذلك على وجه الاختبار لهم والأمانة ، ولو كان ذلك إلى أمانتهم لهلكت أموال النّاس وضاعت قبلهم واجترءوا على أخذها ، ولو تركوها لم يجدوا مستعتباً ولم يجدوا غيرهم ، ولا أحد يعمل تلك الأعمال غيرهم فضمنوا ذلك لمصلحة الناس ، ومما يشبه ذلك من المصلحة العامة ما قال رسول الله ﷺ : " لا يبع حاضر لباد ، ولا تلقّوا السلع حتى يهبط بها إلى الأسواق "[1] ، فلما رأى ذلك يصلح العامّة أمر فيه بذلك "[2].

وقال النفراوي[3] : " الأصل عدم ضمان الأجراء ، لأنه ﷺ أسقط عنهم الضمان، وأخرج إمامنا مالك رضي الله عنه منهم الصنّاع وقال بضمانهم وعدم ائتمانهم باجتهاد منه رضي الله عنه ، وسبقه إلى تضمينهم الخلفاء رضي الله عنهم ، فقضوا بتضمينهم ولم ينكر عليهم أحد ذلك لما في ذلك مراعاة لمصلحة العامة "[4].

وبالنظر إلى النصوص السابقة يتبين لنا أنّ عمدة الإمام مالك رحمه الله في القول بتضمين الصنّاع هو العمل بالمصلحة المرسلة – الاستصلاح – ، وذلك لأنّ الصنّاع لو لم يضمنوا لسارعوا للنيل من أموال الناس ، بدعوى التلف والضياع .

قال الشاطبي : " ووجه المصلحة فيه – تضمين الصنّاع – أنّ الناس لهم حاجة إلى الصنّاع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال ، و الأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين : إما ترك الإستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق ، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع ، فتضيع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة ، فكانت المصلحة التضمين "[5].

---

[1] سنن أبي داود ، كتاب البيوع ، حديث رقم ٢٩٧٩ . سنن الدارمي ، كتاب البيوع ، حديث رقم ٢٤٥٤ ، . وللبخاري: " لا يبع أحدكم على بيع بعض ، ولا تلقّوا السلع حتى يهبط بها إلى السوق " ، صحيح البخاري ، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان ، حديث رقم ٢١٦٥ ، ج٣ ص٣٨ . وكذلك للبخاري ومسلم : " لا تلقّوا الركبان ، ولا يبع حاضر لباد " ، صحيح البخاري ، كتاب البيوع ، حديث رقم ٢١٥٨ ، ج٣ ص٣٧ . صحيح مسلم ، كتاب البيوع ، حديث رقم ١٥٢١ ، ج٣ ص٨ .

[2] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٠٠.

[3] أحمد بن غنيم ،فقيه مالكي،نسبته إلى بلدة نفرى بمصر نشأ وتفقه في القاهرة ومات فيها سنة ١١٢٦،الأعلام،ج١ص ١٩٢.

[4] الفواكه الدواني ، ج٢ ص١٢٨ .

[5] الاعتصام ، ج٢ ص٤٠١.

رابعاً : الاستحسان :

قال القرافي في الفرق الحادي عشر والمائة : بين قاعدة ما يُضمن وبين قاعدة ما لا يُضمن وبعد أن ذكر أسباب الضمان :

" فكان الأصلح للناس تضمين الأجراء في ذلك ، وهو من باب **الاستحسان** " [١].

وقال الشيخ محمد علي بن حسين المكي : " ... واستثنى مالك من القاعدة المذكورة صورتين ، الأولى : الأجير الذي يؤثر في الأعيان بصنعته كالخيّاط والقصّار ، **استحسن** فيها أنّ الأصلح للناس تضمين الأجراء ، لأن السلعة إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق ...... " [٢].

من هذه النصوص نجد أنّ التعليل الرابع للمالكية ، للقول بتضمين الصنّاع هو الاستحسان .

خامساً : انسجاماً مع روح الشريعة ومقاصدها باعتبار تضمين الصنّاع من الحاجيات :

إذ أنّ الشاطبي رحمه الله اعتبر تضمين الصنّاع من الحاجيات [٣] ، وهذا ما أكده ابن رحّال تعقيباً على كلام ابن رشد – الأصل في الصنّاع أن لاضمان عليهم ، وأنهم مؤتمنون لأنهم أجراء ، وقد أسقط النبي ﷺ الضمان عن الأجراء [٤] – إذ قال : وخصص العلماء من ذلك الصنّاع وضمنوهم نظراً واجتهاداً لضرورة الناس ، لأن هذا من الأمور الغالبة التي تجب مراعاتها [٥].

---

[١] الفروق ، ج٢ ص٢٣٨.

[٢] المكي ، محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، ط١ ، ١٩٩٨ ، دار الكتب العلمية: بيروت ، ج٢ ص٢٣٩ .

[٣] اعتبر الشاطبي أنّ مقاصد الشريعة في الخلق ثلاثة أقسام وهي :-

أ – الضروريات : وهي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين ، وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل .

ب –الحاجيات: وهي مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب.

ج – التحسينيات : وهي الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات . الموافقات ، ج٢ ص٧ .

[٤] كلام ابن رشد يعزوه ابن رحال إلى كتاب المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة لابن رشد الجد، كشف القناع عن تضمين الصناع ، ص٧٦.

[٥] كشف القناع ، ص٧٦.

ثالثاً : الشافعيــــــــــــــة[1] :

ذهب الشافعي رحمه الله إلى القول بعدم تضمين الصنّاع ، ما تلف في أيديــــهم أو مـــن أعمالهم إلا إذا تعدوا ، وأنّ يد الصانع على المتاع يد أمانة ، وهذا هو الراجـــح مـــن مذهـــب الشافعية ، وهناك قول مرجوح في المذهب[2] وهو القول بتضمين الصنّاع ، إلا أنّ المعتمـــد – كما أسلفت – في المذهب الشافعي القول بعدم تضمين الصنّاع .

قال الشافعي : " الصانع والأجير لا يضمن بحال إلا ما جنت يده سواءً كان خاصاً أو عاماً " [3].

والمقصود في قوله ما جنت يده أي فيما تعدّى ، وتعمد العدوان ، وهذا ما يوضحه فـــي قوله: " فأما ما جنت أيدي الأجراء والصنّاع فلا مسألة فيه وهم ضامنون ، كما يضمن المستودع ما جنت يده ، والجناية لا تبطل عن أحد ، وكذلك لو تعدّوا ضمنوا " [4].

وقال الربيع : " الذي يذهب إليه الشافعي فيما رأيت أنه لاضمان على الصنّـــاع إلا مـــا جنت أيديهم ، ولم يكن يبوح بذلك خوفاً من الضياع " [5].

وجاء في فتح الجوّاد : " ويد الأجير على ما استؤجر لحفظه ، أو للعمل فيه ، يد أمانة ، وإن انفرد بها ولو كان مشتركاً " [6].

وقال الأردبيلي[7] : " ويد الأجير على الثوب الذي استؤجر لخياطتـــه أو صبغـــه أو قصارته ،وعلى العبد الذي استؤجر لإرضاعه أو علاجه أو لتعلم القرآن أو الحرفـــة ، وعلـــى الدابة التي استؤجر لرياضتها أو لرعايتها ، يد أمانة سواءً كان منفرداً باليد أو لم يكن ، ســـواءً كان أجيراً مشتركاً أو خاصاً " [8].

---

[1] الأم ، ج٤ ص٤٠ . المهذب ، ج٢ ص٢٦٨ . الحسيني ، أبو بكر بن محمد ، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصـــار ، ط١ ١٩٩١ ، دار الخير : بيروت ، ص٢٩٧ . حاشية البيجوري ، ج٢ ص٥٩ . الإقناع في حل ألفاظ أبي شـــجاع ، ج٢ ص٧٤ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٤ . تكملة المجموع ، ج١٥ ص ٣٥٤ .

[2] العزيز ، ج٦ ص١٤٧ . تكملة المجموع ،ج ١٥ ص ٣٥٤ .

[3] الأم ، ج٤ ص٣٧.

[4] الأم ، ج٤ ص ٤٠.

[5] الأم ، ج٤ ص٤٠ .

[6] فتح الجوّاد بشرح الإرشاد ، ص٥٩٧.

[7] الأردبيلي ، يوسف بن إبراهيم ، فقيه شافعي من أهل أردبيل ، من بلاد أذربيجان ، صاحب كتاب الأنوار في الفقه ذكره العثماني في طبقاته فيمن هو باق إلى سنة خمس وسبعين وقال كبير القدر غزير العلم أناف على السبعين جمع كتابا في الفقه سماه الأنوار مجلدان لطيفان عظيم النفع اختصر به الروضة وغيرها وجعله خلاصة المذهب . طبقات الشافعية ، ج٣ ص١٣٨. الأعلام ، ج٨ ص٢١٢ .

[8] الأردبيلي ، يوسف ، الأنوار لأعمال الأبرار ، ط- ١٩٦٩ ، مطبعة المدني : القاهرة ، ج١ ص٦١٠ .

وأما أدلة الشافعية في عدم تضمين الصنّاع فهي ما يلي :-

أولاً : ضعف الآثار الواردة في تضمين الصنّاع .

قال الشافعي : " وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أنّ علياً رضي الله عنه ضمن الغسّال والصبّاغ وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك " . وقال : " ويروى عن عمر تضمين بعض الصنّاع من وجه أضعف من ذلك ولم نعلم واحداً منهما يثبت " [١].

فكلام الشافعي رحمه الله وحكمه على هذه الآثار يجعلها في نظره من الضعف بحيث لا تقوى للاحتجاج بها .

ثانياً : القياس[٢]:

---

[١] الأم ، ج٤ ص٤٠.

[٢] عرّف الأصوليون القياس بعدة تعريفات ، إلا أنّ هذه التعريفات كلها تدور حول نفس المعنى تقريباً لكنها بصيغ مختلفة. فعرفه السمرقندي : بأنه " إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الأخر " . وعرفه الفخر الرازي : بأنه " إثبات مثل حكم معلوم لمعلوم آخر لأجل اشتباههما في علة الحكم عند المثبت " . وعرفه قريباً من ذلك السبكي فقال : بأنه " إثبات حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت " . وعرفه الجويني : بأنه " رد الفعل إلى الأصل بعلة تجمعهما في الحكم " . وعرفه ابن قدامة : بأنه " حمل فرع على أصل في حكم بجامع بينهما " . وقيل : " حكمك على الفرع بمثل ما حكمت به في الأصل لاشتراكهما في العلة التي اقتضت ذلك في الأصل " .

وبالنظر إلى التعريفات السابقة يمكن الخلوص إلى أنّ المعنى الإجمالي للقياس :

أنّ الشارع الحكيم ينص على حكم معين في مسألة معينة ، فيقوم المجتهد بالكشف عن علة هذا الحكم ومعرفتها ، ثمّ تجد مسألة أخرى لم ينص الشارع على الحكم بها ، ولكنها مشابهة للمسألة الأولى في العلة ، فيلحق المجتهد المسألة الثانية بالأولى ويسوي بينهما في الحكم ، لذلك فإنّ القياس لا يثبت الحكم وإنّما يظهره .

وإما بالنسبة لحجية القياس : فقد ذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب ، إلى أنه حجة شرعية على الأحكام العملية ، وذهب الظاهرية والنّظام وبعض المعتزلة وبعض الشيعة ، إلى القول بأنه ليس حجة شرعية ، ولا يصح الاستدلال به ، إلا أنّ الرأي الراجح هو رأي الجمهور ، وهو أنه حجة شرعية .

قال السرخسي : " مذهب الصحابة ومن بعدهم من التابعين والصالحين والماضين من أئمة الدين رضوان الله عليهم جواز القياس بالرأي على الأصول التي تثبت أحكامها بالنص " .

وقال الرازي : " والذي نذهب إليه وهو قول الجمهور من علماء الصحابة والتابعين أنّ القياس حجة في الشرع " .

وقال الآمدي : " يجوز التقيد بالقياس بالشرعيات عقلاً ، وبه قال السلف من الصحابة والتابعين والشافعي وأبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل وأكثر الفقهاء والمتكلمين ، وقالت الشيعة والنّظام وجماعة من معتزلة بغداد ...... بإحالة ورود التعبد به عقلاً ".

وقال ابن حزم : " ولا يحل القول بالقياس في الدين ولا في الرأي " .

أنظر : ميزان الأصول في نتاج العقول ، ص٥٥٤ . أصول السرخسي ، ج٢ ص١١٨ . المحصول في علم الأصول ، ج٥ ص١١+ ص٢٦ . الجويني ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، الورقات ، ط- ، دار نشر- ، ص٢٦ . السبكي ، علي بن عبد الكافي ، الإبهاج في شرح المنهاج ، ط١ ، ١٤٠٤ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٣ ص٣ . الإحكام في أصول الأحكام ، ج٤ ص٦ . روضة الناظر ، ج٢ ص٢٧٦ . المحلى بالآثار ، ج١ ص٧٨ .

إذ أبطل الشافعية الحكم بتضمين الصنّاع بالقياس على الأحكام التالية :-

أ – قياساً على الأجير الخاص .

قال الشافعي : " ولا يجوز التفريق بين صانع وآخر ..... وذلك لأنّ ضمانهم كان بسبب أخذهم الأجر ، ولا فرق بين أجير وأجير في ذلك لأن كلهم يأخذون الأجر " [1].

ب – قياساً على المودَع عنده .

إذ أنّ يد الصانع عند الشافعية يد أمانة ،فبالتالي لا يضمن إلا إذا تعدى ،قياساً على المودَع عنده الذي لا يضمن إلا إذا تعدى كذلك،ويكون ضمانه ضمان جناية،وليس ضمان يد[2].

ج – قياساً على الحجّام [3]، والختّان[4] ، والبزّاغ[5] .

فكما أنّ الفقهاء – حتى الذين يقولون بتضمين الصانع – ، لا يقولون بتضمين [6]الحجّام ، والختّان، والبزّاغ ، فقياساً عليهم – الحجّام والختّان والبزّاغ – لا يصح تضمين الصانع ، إذ لا فرق بينهما .

قال المزني [7]: " لاضمان على الحجّام ، يأمره الرجل أن يحجمه ، أو يختن غلامه ، أو يبيطر دابته ، وقال الشافعي : إذا ألقوا عن هؤلاء الضمان لزمهم إلقاؤه عن الصنّاع ، وقال

---

[1] الأم ، ج٤ ص٣٧.

[2] الحاوي الكبير ، ج٢ ص٤٢٦ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٥ .

[3] الحجّام : المصّاص ، محترف الحجامة ، وهي امتصاص الدم بالمحجم ، وهي الأداة التي يمص بها الدم من المريض . أنظر : القاموس المحيط ، باب الميم فصل الحاء ، ص١٤١٠ . المعجم الوسيط ، باب الحاء ، ج١ ص١٥٨ .

[4] الختان : موضع القطع من الرجل والمرأة .

وختان الرجل : هو قطع جميع الجلدة – القلفة – التي تغطي الحشفة ، حتى تنكشف جميع الحشفة .

وختان المرأة : هو قطع جلدة عالية مشرفة على الفرج من أعلاه وتكون كالنواة أو كعرف الديك ، تدعى الخافض .

ويسمى ختان الرجل (إعذاراً) ، وختان المرأة (خفضاً) .

والختّان : هو الذي يمارس مهنة القطع . أنظر : معجم لغة الفقهاء ، ص١٧١. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ص١١٢ .

[5] البزّاغ : البيطار ، وهو معالج الدواب.

أنظر : القاموس المحيط ، باب الراء فصل البيطار ، ص٤٤٩ . المعجم الوسيط ، باب الباء ،ج١ص٧٩ .

[6] سيأتي الكلام عن تضمين الحجّام والبزّاغ والختان في الفصل الأخير إن شاء الله .

[7] المزني ، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم ، المصري الفقيه الإمام صاحب التصانيف أخذ عن الشافعي وكان يقول :أنا خلق من أخلاق الشافعي ذكره الشيخ أبو إسحاق لول أصحاب الشافعي وقال كان زاهدا عالما مجتهدا مناظرا محجاجا غواصا على المعاني الدقيقة صنف كتبا كثيرة قال الشافعي المزني ناصر مذهبي ولد سنة خمس وسبعين ومائة وتوفي سنة أربع وستين ومائتين . طبقات الشافعية ، ج٢ ص٥٨ .

– المزني – ما علمت أني سألت واحداً منهم فرق بينهما منهم " [1].

قلت : استنكر **الماوردي** احتجاج المزني بسقوط الضمان عن الصانع قياساً على الحجّام والختان والبزّاغ والراعي المنفرد – مع أنّ هذا الاحتجاج نسبه المزني للشافعي كما في المتن – واعتبر أنّ استدلال المزني بالقياس على هؤلاء لا حجة فيه ، إذ قال :

" فأما المزني فإنّه اختار سقوط الضمان ، وهو أصح القولين، غير أنه تعلق بما لا حجة فيه وسنوضح من حكم ما احتج به ما يدل على فساد حجته ، فأول ما ذكر الحجّام يحجم ، أو يختن ، فإن ظهرت منه جناية من عمدٍ أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته ، وإن لم تظهر منه جناية فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه . سواءً كان الحجّام مشتركاً أو منفرداً ، لأنّ الحر في يد نفسه وليست عليه يد فصار المنفرد والمشترك معه على سواء ، وإن حجم عبداً فإن كان مع سيده أو في منزل سيده فلا ضمان على الحجّام لأنّ يد سيده لم تزل عنه فلم يضمن إلا بالجناية ، وإن لم يكن مع سيده ولا منزله ففي وجوب الضمان قولان لأنّ الحجّام أجير مشترك . وأما الراعي فإن نسب إلى التعدي بالرعي في مكان مسبع – مشهور بوجود السباع – أو جدب أو مخوف فعليه الضمان ، وإن لم ينسب إلى التعدي نظر فإن رعى في ملك المالك فهو منفود ولا ضمان عليه،وإن رعى في غير ملكه لكن كان المالك معه فكذلك لا ضمان عليه فإن لم يكن معه المالك ولا رعى في ملك المالك نظر فإن كان مع غنم جماعة فهو مشترك وفي ضمانه قولان ، وإن لم يكن معه سوى غنمه فعلى اختلاف أصحابنا هل يكون في حكم المشترك أو المنفرد ؟ فمن جعله كالمنفرد أسقط الضمان عنه ، ومن جعله كالمشترك خرّجه على قولين ، وأما البزّاغ فإن ظهر منه عدوان عمداً أو خطأ ضمن به ، وإن لم يظهر منه عدوان ، فإن كانت الدابة مع صاحبها أو في منزله لم يضمن ، وإن كانت مع البزّاغ في جملة غيرها فعلى قولين ، وإن كانت معه مفردة فعلى اختلاف أصحابنا [2].

د – قياساً على الراعي المنفرد .

قال المزني : " ولا أعرف أحداً من العلماء ضمن الراعي المنفرد بالأجرة ، ولا فرق بينه عندي في القياس وبين المشترك "[3].

أي أنّ المزني قاس الصانع على الراعي المنفرد ، إذ أنّ كل واحد منهما يأخذ الأجرة مقابل عمله ، وبما أنّ الراعي لا يضمن فكذلك الحال بالنسبة للصانع فلا يضمن .

---

[1] المزني ، إسماعيل بن يحيى ، مختصر المزني ، مطبوع بحاشية الأم ، دار المعرفة : بيروت ، ص٢٦٤.

[2] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٧.

[3] مختصر المزني ص١٢٧ .

٥ – قياساً على المضارب [١].

إذ أنّ الصانع أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة المالك ، فوجب أن لا يضمن كالمضـــارب الذي يتاجر بمال الشركة ، فلا يُضمن ما يخسره من أموال الشركة .

ثالثاً : ما روي عن عطاء [٢] أنه قال : " لا ضمان على صانع ولا أجـــير " [٣] ، وروي عـــن طاووس[٤] مثله [٥].

وأما الرأي الآخر – المرجوح – في المذهب الشافعي ، وهو القول بتضمين الصنّاع ، فاحتج قائلوه بما يلي [٦]:-

١- ما روي عن عمر وعلي – رضي الله عنهم – من تضمين الصنّاع .

٢- لأن الصانع تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه ، فوجـــب أن يكـــون مـــن ضمانـــه كالمستعير .

أي كما أنّ المستعير إذا تصرف في العارية وهي ملك غيره لمنفعة نفسه وجـــب عليـــه ضمانها فكذلك الصانع ، لأنه تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه .

٣- لأنّ الأجرة ترجع إلى الصانع ، فوجب أن يكون الضمان عليه .

٤- صيانة لأموال الناس عن الخيانة المحرمة .

رابعاً : الحنابلـــــة :

ذهب الحنابلة[٧] إلى القول بتضمين الصانع ، ما تلف بعمله ، مطلقاً ، سواءً عمل فـــي بيته ، أو في بيت مالكه ، أو كان رب العمل حاضراً ، أو غائباً .

---

[١] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٧ .

[٢] سبق التعريف به في ص٤٥.

[٣] الحاوي الكبير ج٧ ص٤٢٦ . مختصر المزني ص ١٢٧ .

[٤] طاووس بن كيسان ، اليماني ، أحد الأعلام علماً وعملاً ، أخذ عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، قال عمرو بـــن دينار : ما رأيت أحداً قط مثل طاووس ، ولما ولي عمر بن عبد العزيز كتب له طاووس ، إن أردت أن يكون عملك كلـــه خيراً استعمل أهل الخير ، توفي حاجاً في مكة سنة ١٠٦ هجري . شذرات الذهب ، ج١ ص١٣٣.

[٥] الحاوي الكبير ج٧ ص٤٢٦ . مختصر المزني ص ١٢٧.

[٦] العزيز ، ج٦ ص١٤٧. الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٦ . تكملة المجموع ، ج١٥ ص٣٥٤ .

[٧] المغني ، ج٧ ص٤٥٤ . كشاف القناع ، ج٤ ص٣٣ . الفتوحي ، محمد بن أحمد ، منتهى الإرادات في جمع المقنـــع ، عالم الكتب : بيروت ، ج١ ص٤٩٣ . الإنصاف ، ج٦ ص٦٧ .

قال الخرقي[١] : " وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن "[٢] .

وعلق ابن قدامة على كلام الخرقي بقوله : " فظاهر كلام الخرقي ، أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه ، أو ملك مستأجره ، أو كان صاحبه حاضراً معه ، أو غائباً عنه " [٣].

وعلل ذلك ابن عقيل[٤] بقوله : " إن وجوب الضمان عليه بجناية يده ، فلا فرق بين حضور المالك ، وغيبته ، كالعدوان ، ولأنّ الطبيب والختّان إذا جنت يداهما ضمنا ، مع حضور المطبب ، والمختون " [٥].

وقال ابن مفلح [٦]: " من قدر نفعه بعمل ، فأجير مشترك ، يضمن ما تلف بفعله ...... في المنصوص " [٧].

أما إذا عمل الصانع متبرعاً بغير أجرة ، فإنه لا يضمن جناية يده[٨] .

وأما ما تلف بغير فعله ، فللحنابلة ثلاث روايات :

---

[١] عمر بن الحسين بن عبدالله بن احمد أبو القاسم الخرقي ، من أشهر فقهاء الحنابلة ،له المصنفات الكثيرة في المذهب،لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه ، لأنه خرج من مدينة السلام لما ظهر سب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ، وأودع كتبه في دار سليمان فاحترقت الدار التي كانت فيها الكتب، والخرقي بكسر الخاء المعجمة وفتح الراء المهملة آخره قاف نسبة إلى بيع الخرق كذا ذكره السمعاني والخرقي بفتح الخاء والراء نسبة إلى خرق قرية كبيرة تقارب مرو ، وتوفي سنة ٣٣٤هجري ودفن بدمشق ، طبقات الحنابلة ، ج٢ ص٧٥.

[٢] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص ٤٥١.

[٣] المرجع السابق.

[٤] ابن عقيل، الإمام العلامة البحر شيخ الحنابلة أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل الحنبلي المتكلم صاحب التصانيف تفقه على القاضي أبا يعلى بن الفراء وكان يتوقد ذكاء وكان بحر معارف وكنز فضائل لم يكن له في زمانه مثيل ، وقال ابن عقيل : عصمني الله في شبابي بأنواع من العصمة وقصر محبتي على العلم وما خالطت لعابا قط ولا عاشرت إلا أمثالي من طلبة العلم وقال ابن الجوزي أيضا فيه :هو فريد فنه وإمام عصره كان حسن الصورة ظاهر المحاسن ، قال ابن الأثير : اشتغل بمذهب المعتزلة في حداثة سنه ثم تاب ورجع عن ذلك ، توفي سنة ٥١٣ هجري . سير أعلام النبلاء ، ج١٩ص٤٤٧.

[٥] المغني ، ج٧ ص٤٥٤.

[٦] محمد بن مفلح بن محمد ، ابو عبد الله ، المقدسي ، الراميني ، من علماء فلسطين ، أعلم أهل عصره بمذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ولد ونشأ في بيت المقدس ، ورحل الى دمشق وتوفي فيها سنة ٧٦٣ هجري . الأعلام . ج٧ ص١٠٧ .

[٧] الفروع ، ج٤ ص٤٥٠ .

[٨] شرح منتهى الإرادات ، ج٢ص٣٧٨ . كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٣ .

الأولى : لا يضمنه ، وهي أصح الروايات عن أحمد ، قال ابن مفلح: " وما تلف بغير فعله ، ولا تعديه ، لا يضمنه في ظاهر المذهب ، ولا أجرة له "[١] .

قال الزركشي : "هو – القول بعدم تضمين الصانع – المشهور ، والنصوص عليه في رواية الجماعة ، وهو اختيار الخرقي ، أبي بكر ، والقاضي ،...... "[٢].

الثانية : يضمن .

الثالثة : إن كان التلف بأمر ظاهر ، كالحريق ، واللصوص ، فلا ضمان عليه ، وإن كان بأمر خفي كالضياع فعليه الضمان .[٣]

وأدلة الحنابلة القائلين بتضمين الصنّاع ، ما يلي[٤] :-

أولاً – مذهب الصحابي :

وهو ما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه كان يضمن الصبّاغ والصوّاغ ويقول : لا يصلح الناس إلا ذلك .وما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه كان يضمن الصناع .[٥]

ثانياً – أنّ عمل الصانع مضمون عليه . فما تولّد عنه يجب أن يكون مضموناً عليه ، كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص ، والدليل على أنّ عمله مضمون عليه ، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل ، وأنّ الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ، بخلاف الأجير الخاص ، فإنه إذا أمكن المستأجر استعماله استحق العوض بمضي المدة ، وإن لم يعمل ، وما عمل من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه .

خامساً : الظاهرية :

ذهب الظاهرية إلى القول بعدم تضمين الصانع إلا إذا قامت عليه بينة أنه تعدّى أو فرّط ، وإذا لم تقم بينة وادعى عليه صاحب المتاع التعدّي أو التفريط ، فالقول قول الأجير أو الصانع مع يمينه .

---

[١] الفروع ، ج٤ ص٤٥٠.

[٢] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٦٩.

[٣] نفس المرجع السابق .

[٤] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٢ . شرح منتهى الإرادات ،ج٢ ص٣٧٨.

[٥] سبق تخريج هذه الآثار في ص ٣٥ .

قال ابن حزم : " ولا ضمان على أجير مشترك أو غير مشترك ، ولا على صانع أصلاً ، إلا ما ثبت أنه تعدّى فيه أو أضاعه ، والقول في كل ذلك ما لم تقم بينة ، قوله مع يمينه ، فإن قامت بينة ، بالتعدي أو الإضاعة ضمن "[1] .

أما أدلة الظاهرية على القول بعدم تضمين الصنّاع فهي ما يلي [2]:-

أولاً : القرآن الكريم :

قال تعالى ﴿يا أيها الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [3]

فمال الصانع والأجير حرام على غيره ، فإن اعتدى أو أضاع لزمه حين إذ أن يُعتدى عليه بمثل ما اعتدى ، والإضاعة لما يلزمه حفظه تعدٍ ، وهو مُلْزَم حفظ ما استعمل فيه بأجر أو بغير أجر ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال [4].

ثانياً : مجموعة من الآثار عن بعض التابعين :

١- ما روي عن إبراهيم النخعي[5] قال : لا يضمن الصائغ ولا القصّار ، أو قال : الخياط وأشباهه .

٢- ما روي عن محمد بن سيرين [6]: أنه كان لا يضمن الأجير إلا ما ضيّع .

٣- ما روي عن الشعبي [7]قال : يضمن الصانع ما أعنت بيده ولا يضمن ما سوى ذلك .

فمنطوق الآثار السابقة يدل على نفي الضمان عن الصانع إلا إذا تعدى أو فرّط .

---

[1] المحلى بالآثار ، ج٧ ص ٢٨.

[2] المرجع السابق.

[3] سورة النساء ، آية ٢٩.

[4] إشارة إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم :" إنّ الله عز وجل حرم عليكم : عقوق الأمهات ، ووأد البنات ، ومنعاً وهات . وكره لكم ثلاثاً : قيل وقال ، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال ". صحيح البخاري ، كتاب الإستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب ما ينهى عن إضاعة المال ، حديث رقم ٢٤٠٨ ، ج٣ ص١٢٠ . صحيح مسلم ، كتاب الأقضية ، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة ، حديث رقم ١٧١٥ ، ج٣ ص١٤٨ .

[5] سبق تعريفه في ص٤٨ .

[6] المحلى ، ج٧ ص ٢٨.

[7] هو أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد ، نسبته إلى شعب وهو بطن من همذان ، راوية من التابعين يضرب المثل بحفظه ، روي ان ابن عمر مر به وهو يحدث بالمغازي فقال شهدت القوم وأنه أعلم بها مني وقال الزهري العلماء أربعة: سعيد بن المسيب بالمدينة ، وعامر الشعبي بالكوفة ، والحسن البصري بالبصرة ومكحول بالشام، توفي سنة ١٠٤ هجرية . طبقات الفقهاء ،ج١ ص٨٢ . الأعلام ،ج٣ ص٢٥١ .

٤- ما روي عن الحسن البصري [١]، وطاووس ، وقتادة [٢] من عدم تضمينهم للصناع.

الترجيح

بعد بيان آراء الفقهاء في مسألة تضمين الصانع – الأجير المشترك – واستعراض أدلتهم التي بنوا عليها رأيهم،فإنني أميل إلى القول بتضمين الصانع ،وهو ما ذهب إليه الصاحبان وأكثر الحنفية،والمالكية، والشافعية في قول ، والحنابلة ، وذلك للأسباب التالية :-

أولاً : قوة الأدلة التي استندوا إليها .

ثانياً : أنّ هذا الرأي ينسجم مع روح الشريعة ومقاصدها التي جاءت لحفظ مصالح العباد في الدنيا والآخرة .

ثالثاً : أنّ هذا الرأي ينسجم مع الواقع الذي نحياه ، وما يسوده من فسادٍ للذمم وقلةٍ في الدين ، واجتراء الناس على أكل أموال بعضهم بالباطل .

رابعاً : لما في هذا الرأي من صيانة لأموال الناس ، وحفظها من التلف والضياع .

---

[١] هو الحسن بن يسار البصري، تابعي، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه،عظمت هيبته في النفوس،فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم،كتب له عمر بن عبد العزيز لما ولي الخلافة: إني ابتليت بهذا الأمر فانظر لي أعواناً يعينوني عليه، فأجابه الحسن : أما أبناء الدنيا فلا تريدهم ، وأما أبناء الآخرة فلا يريدونك ، توفي سنة ١١٠ هجري . الأعلام ، ج٢ ص٢٦٦ .

[٢] قتادة بن دعامة الدوسي ، مفسر حافظ ، كان أعمى أكمه ، قال عنه أحمد بن حنبل : قتادة أعلم أهل البصرة ، وسئل الزهري أيهما أعلم قتادة أم مكحول ، قال : قتادة أعلم ، توفي ١١٨ هجري. طبقات الفقهاء ،ج١ ص٩٤ .

المبحث الثالث

تضمين أجير الصانع

اتفق جمهور[1] الفقهاء على القول بعدم تضمين أجير الصانع ، في كل ما يفعلـــه فـــي المتاع – المصنوع – مما هو مأذون فيه للصانع ، سواء أدى هذا العمل إلى تلف المتـــاع ، أو نقصان قيمته ، إلا إذا تعدّى أو فرط ، وما سوى ذلك فلا شيء عليه ، وأنّ ما يلحق بالمتاع مـن التلف والنقصان ،إنما يكون ضمانه على الصانع لا على الأجير .

قال ابن عابدين : " وفعل الأجير في كل الصنائع يضاف إلى أستاذه ، فما أتلفه يضـــاف إلى أستاذه " [2].

وقال السمرقندي : " ولو تخرّق بدق أجير القصّار ،لا ضمـــان عليـــه ، ولكـــن يجـــب الضمان على الأستاذ لأن عمله ينتقل إليه كأنه فعل بنفسه " [3] .

وقال ابن عرفة : " لا ضمان على أجير الصانع لا للصانع ولا لرب الشيء المصنـــوع الذي تلف ، لأنه أمين للصانع ما لم يفرط ، ولا ضمان عليه مطلقاً سواء غاب على مصنوعه أم لا " [4].

والشافعي رحمه الله لم يفرق بين الأجراء ، إذ اعتبر أيديهم يد أمانة ، ولا ضمان على أحد منهم ، كما مر في المبحث السابق وكذلك الظاهرية .

قال المرداوي : " لو استأجر أجيرٌ مشترك أجيراً خاصاً ...... فخرّقه أو أفسده لـــم يضمنه الخاص ويضمنه الأجير المشترك لربه " [5].

---

(1) بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٦ . المبسوط ج١٦ ص١١ . الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ص٢٧١ . المدونة الكـبرى، ج٣ ص ٤٠١ . حاشية الخرشي ، ج٧ ص ٢٧ . الأم ، ج٤ ص ٣٧ . المغني والشرح الكبير ج٧ ص٤٥٦ . المحلـــى ، ج٧ ص٢٨ .

(2) رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص١٠٣ .

(3) تحفة الفقهاء ، ج٢ ص٣٥٣ .

(4) حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٦ .

(5) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٦ ص٦٩ .

إلا أنّ فقهاء [1] المالكية استثنوا حالة معينة يكون فيها الضمان على أجير الصانع وهي إذا كان الصانع يؤاجره على أشياء يتم صنعها بعيداً عن عين الصانع ، أو يأخذها الأجير إلى بيته لينجزها ثمّ يعيدها مصنوعة إلى الصانع .

وأنا أرى أنّ هذا الرأي سديد ، يؤخذ به ، حيث يصبح الأجير في هذه الحالة صانعاً أو في حكم الصانع ، فتنطبق عليه أحكام الصانع . والله أعلم

ومثال ذلك من واقعنا أن يكونوا – أجراء الصانع – عمالاً في مشغل خياطة ، فيأخذوا القماش إلى بيوتهم ليخيطوها ، ثمّ يعيدوها في اليوم التالي إلى الصانع ، ففي هذه الحالة ، إذا حصل أي تلف للقماش ، فإنّ الضمان يكون على العمال ، مع أنهم أجراء للصانع ، ذلك أنهم عملوا بعيداً عنه .

[1] حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٧ . شرح الدردير ، ج٢ ص٢٥٧ . الذخيرة ، ج٥ ص٥١٥ .

المبحث الأول

الضمان بسبب المخالفة في الصفة واللون

اتفق جمهور[1] الفقهاء ،على وجوب ضمان الصانع ، عند مخالفته في صفة المصنوع أو لونه لأنّه بذلك يكون متعدياً ، ولكنهم اختلفوا فيما لو اختلف الصانع ورب المتاع في صفة المصنوع أو لونه ولم يكن لواحد منهما بينة يُحكم بموجبها ،فهل القول في ذلك قول الصانع أم المالك ؟

الرأي الأول :

ذهب الحنفية [2]، والحنابلة [3]في رواية ،ورجحها ابن قدامة ، بأنه إذا اختلف المالك والصانع في صفة المصنوع أو لونه ، فالقول قول رب المتاع المصنوع مع يمينه .
كأن يختلف صاحب ثوب وخيّاط ، فيقول صاحب الثوب أمرتك أن تخيطه قميصاً ، ويقول الخيّاط بل إزاراً ، أو يقول صاحب بابٍ لنجارٍ : أمرتك بأن تنقشه زخرفةً إسلامية فيقول النجّار بل إفرنجية ، أو يقول صاحب ثوبٍ أمرتك بصبغه أصفر فيقول الصانع بل أحمر٠٠٠٠ وهكذا ، فيكون القول في ذلك كله لرب المتاع – المالك – مع يمينه .

وحجتهم في أن القول لرب المصنوع ما يلي [4]:-

١. أنّ الإذن يستفاد من جهته ، فكان أعلم بكيفيته ، ولأنه ينكر تقوم عمله ووجوب الأجر عليه .
٢. لأنه لو أنكر أصل الإذن لكان القول قوله .
٣. أنّ القول للمالك لأنه غارم .

---

[1] المبسوط ، ج١٦ ص١٠ . رد المحتار على الدر المختار، ج٩ ص١٠٢ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٩ . المهذب ، ج٢ ص٢٦٩ . المدونة الكبرى ،ج٣ ص٣٩٩ . الفروع ،ج٤ ص٤٥٠ . شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٧٨ .
[2] المبسوط ، ج١٦ ص ١٠ . اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص١٠٣ . الهداية ، ج٣ ص٢٧٩ ، الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٤٩٥ . الفتاوي الخانية ج٢ ص٣٤٢ .
[3] الفروع ، ج٤ ص٤٥٠ . كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٧ . المغني والشرح الكبير،ج٧ ص٤٥٩ .
[4] اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص١٠٣ . رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص١٠٢ . الفروع ، ج٤ ص٤٥٣ .

فإذا حلف رب المتاع ، فالصانع ضامن لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه .

وأما مقدار الضمان فهو : إما قيمة المتاع غير معمول ، ولا أجرة للصانع ، وإما إن شاء صاحب المتاع أخذه وأعطى الصانع أجرة المثل على أن لا يزيد على المسمى [1].

الرأي الثاني :

ذهب المالكية [2]، والحنابلة [3]في الأظهر ، وجزم به المرداوي [4]، إلى القول : بأنه إذا اختلف المالك والصانع في صفة المصنوع ، أو لونه ، فالقول قول الصانع مع يمينه .

وحجتهم في ذلك [5]:

١. عن ابن عباس رضي الله عنه ، قال رسول الله ﷺ : " لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى نـاس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه " [6].

منطوق الحديث يدل على أنّ مجرد الإدعاء دون بينة لا يثبت الحق ، ويكون القول للمدعى عليه مع اليمين .

٢. ولأنهما اتفقا في الإذن واختلفا في صفته ، فكان القول ، قول المأذون له ،كالمضـارب.

وجه الدلالة : قياساً على المضارب ، فمع أن المال لشريكه ، فـإن إذن الشـريك يخـول المضارب التصرف ، ويكون القول قوله عند الاختلاف .

---

[1] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٨١ . الفتاوي الخانية ج٢ ص٣٤٢ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٧١ . الفروع ج٤ ص٤٥٠.

[2] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢ ص٢٧٩ . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمـة مـالك ، ج٢ ص٣٣٩.

[3] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٩ . المرداوي ، أبو الحسن علي بن سليمان ، تصحيح الفـروع ، ط- ، ١٩٨٥ ، عالم الكتب : بيروت ، ج٤ ص٤٥٣.

[4] المرداوي ، علي بن سليمان بن أحمد ، فقيه حنبلي ، من علماء فلسطين ، ولد في قرية مردا قرب نابلس ، وانتقل إلـى دمشق وتوفي فيها سنة ٨٨٥ هجري . الأعلام ، ج٤ ص٢٩٢ .

[5] المغني والشرح الكبير، ج٧ ص٤٥٩ . ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبد الله ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، ط١ ، المكتب الإسلامي : دمشق ، ج٢ ص٣٣٢ .

[6] رواه البخاري ومسلم ، وهذه الرواية لمسلم ، أما رواية البخاري فهي : " لو يعطى الناس بدعواهم ، لذهب دماء قـوم وأموالهم " .

صحيح البخاري ، كتاب التفسير ، حديث رقم ٤٥٥٢ ، ج٥ ص١٩٧ . صحيح مسلم ، كتاب الأقضيـة ، حديـث رقـم ١٧١١، ج٣ ص ١٤٥ .

٣. وكذلك لأنهما اتفقا على أنّ ملك الصانع العمل – الخياط القص ، الصبّاغ الصبغ – والظاهر أنه فعل ما في ملكه ، واختلفا في لزوم الغرم له ، والأصل عدمه .

٤. لئلا يغرّم نقصه مجاناً ، بمجرد قول ربه .

وعلى هذا يحلف الصانع ، ويسقط عنه الغرم ، ويكون له أجرة مثله .

الرأي الثالث :-

ما ذهب إليه الشافعية[1] ، إذ أنّ لهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال أبينها على النحو التالي :

١. أنّ القول قول الصانع ، وذلك:

أ – لأنهما اتفقا على الإذن في القطع ، والظاهر أنه لا يتجاوز المأذون .

ب – لأن المالك يدعي الغرم ، والأصل عدمه .

وبهذا يحلف الصانع ولا ضمان عليه .

٢. أن القول قول المالك ، وهذا الذي اختاره المزني ، وذلك :

أ – لأنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قول المالك ، فكذلك إذا اختلفا في الصفة .

ب – لأنه لو قال دفعت هذا المال إليك وديعة فقال بل رهناً كان القول قول المالك .

ج – أنّ الصانع معترف أنه أحدث نقصاً،ويدعي أنه مأذون فيه ، والأصل عدمه .

د – أنّ الصانع يدعي أنه أتى بالعمل الذي استؤجر عليه والمالك ينكره ، فأشبه ما إذا استؤجر لحمل متاع ،فقال الأجير حملت وأنكر المالك،فالقول قول المالك .

٣. أنهما يتحالفان ، وذلك :

أ – لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فالمالك يدع الأرش[2] والصانع ينكره ، والصانع يدعي الأجرة والمالك ينكرها ، فيتحالفان ، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن .

---

[1] المهذب ، ج٢ ص٢٦٩ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٩ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٣٦ . العزيز ، ج٦ ص ١٥٩ . تكملة المجموع ، ج١٥ ص ٣٦١ . الشاشي ، محمد بن أحمد ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، ط١ ، ١٩٨٨ ، مكتبة الرسالة : عمان ، ج٥ ص ٤٥١ . الشافعي الصغير ، محمد بن احمد الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط – ، ١٩٦٧ ، البابي الحلبي : مصر ، ج٥ ص٣١٤ .

[2] الأرش : معناها في البيوع : ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب ، وقيل : معناها قيمة العيب ، أو بدل نقصان المبيع ومعناها في الجراحات : دية الجراحة التي ليس لها قدر معلوم من الدية ، أو هي المال الواجب على ما دون =

ب – أنه لما كانا لو اختلفا قبل مباشرة العمل بالعين ــ مثل أن يقول المالك للخيّــاط : استأجرتك لتخيطه قميصاً ، فقال الخيّاط : بل استأجرتني لأخيطه قباءً ــ لم يعمل على قول واحد منهما ، ويتحالفا عليه ، فكذلك إذا اختلفا بعد العمل وجب التحالف عليه ، لأن ما وجب التحالف مع بقائه ، وجب التحالف مع تغير أحواله .

وهذا الرأي ذهب إليه القفال[1] وقال : هو الأصح في المذهب ، ورجحه

--- النفس ، وقيل : هي الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت .

أنظر : القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، ص ١٩ .

[1] محمد بن أحمد بن الحسين أبو بكر الشاشي القفال ،ولد بميافارقين وتفقه على قاضيها أبي منصور الطوسي ، ثم رحل إلى بغداد وتفقه على الشيرازي ولازمه ، وكان مهيبا وقورا متواضعا ورعا وكان يلقب في حداثته بالجنيد لشدة ورعه وانتهت إليه رئاسة المذهب بعد شيخه ودرس بنظامية بغداد سنة ونصفا ، توفي سنة ٥٠٧ هجري . طبقات الشافعية ، ج٢ ص٢٩٠ .

الغزالي [1]، والشيرازي[2] ، والماوردي وقال : وهو الصحيح من مذهب الشافعي ، وذلك لأن الشافعي ، عاب رأي أبي حنيفه وغيره من إرجاع القول لأحدهما ، وقال : كلاهما منقوص وفاسد .

وقيل أنّ في المذهب قولين ، وقيل أنّه ليس في المذهب إلا قول واحد وهو التحالف .

فإذا تحالفا لم تجب الأجرة ، وأما أرش النقص ، ففيه قولان ، وهما :-

١ . لا يجب لأنّ كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ، ونفى ما ادعي عليه ، فبرئا كالمتبايعين .

٢ . يجب أرش النقص لأن كل واحد منهما حكم بارتفاع العقد بالتحالف ، فإذا ارتفع العقد حصل النقص من غير عقد فلزمه أرشه [3].

وأما مقدار الأرش ــ الضمان ــ ففيه قولان أيضاً [4]:

١. ما بين قيمته صحيحاً ومعمولاً .

٢.ما بين قيمته معمولاً بالصفة التي يدعيها المالك ، وما بين قيمته معمولاً بالصفة التي يدعيها الصانع .

وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، قضي للحالف منهما على الناكل ، فإن كان الحالف هو الصانع ، قضي له بالأجرة وسقوط الغرم ، وإن كان الحالف هو المالك قضي له بالغرم وسقوط الأجرة[5] .

وقد رد الحنفية قول الشافعي ــ التحالف ــ واحتجوا لذلك بقولهم :

إن التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ههنا ، فلا يثبت التحالف لأن صاحبه يدعي على الصانع الغصب ، والصانع يدعي الأجرة وذلك مما لا يثبت فيه التحالف [6].

---

[1] محمد بن محمد بن محمد الإمام حجة الإسلام أبو حامد الطوسي الغزالي ،أصولي ، فقيه ، فيلسوف ، متصوف ،ولد بطوس وتفقه بها ثم رحل إلى نظامية بغداد فدرس بها مدة ثم رجع إلى دمشق وأقام بها عشر سنين وصنف فيها كتبا يقال إن الإحياء منها ثم سار إلى القدس والإسكندرية ثم عاد إلى وطنه بطوس مقبلا على التصنيف والعبادة ونشر العلم توفي سنة ٥٠٥ هجرية. طبقات الشافعية ، ج٢ ص٢٩٤ .

[2] الشيرازي ، إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله شيخ الإسلام علما وعملا وورعا وزهدا وتصنيفا واشتغالا وتلامذة ولد بفيروزآباد قرية من قرى شيراز ونشأ بها ثم رحل إلى شيراز ثم إلى بغداد وتفقه بها حتى اشتهر وأخذ طلاب العلم يأتونه من كل مكان وبنيت له النظامية ودرس بها إلى حين وفاته سنة ٤٧٦ هجري . طبقات الشافعية ، ج٢ ص٢٣٨ .

[3] حلية العلماء ، ج٥ ص٤٥١ .

[4] العزيز ، ج٦ ص١٥٩ . الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١٦ . حاشية البيجوري ، ج٢ ص٥٩ .

[5] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٣٩ .

[6] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٨١ .

فإذا خالف الصانع في الصفة المتفق عليها مع المالك ، وكان يمكنه إعادة صناعة المتاع على الصفة المتفق عليها ــ إعادة تشكيل المصنوع ــ فهل يلزمه ذلك ؟

ومثال ذلك ، كأن يأمر صانعاً بأن يصنع له خاتماً من ذهب على صفة معينة ، فخالف في الصفة ، فهل يلزم الصانع بإعادة الصياغة للخاتم ؟

ذهب المالكية إلى القول : أنّ للمالك حمل الصانع على إعادة الصناعة من جديد ، قال القرافي : " لو استأجرت صانعاً على صياغته ، فصاغ خلافها ، خير الصانع بين إعادة صياغته كما استؤجر عليه بعد التصفية من اللحام المخالط ، أو يغرم مثل الذهب ويصوغه ثانية ، إلا أن يكون فاسد الذمة ، فلصاحبه جبره على كسره وإعادته ولا يلزمه أخذ المثل " [1].

أما إذا كانت إعادة صنع المتاع تنقص من قيمته ، مثل أن يخيط للمالك قميص خياطة رديئة ، ولكن إذا أراد أن يفتقه ، ويعيد خياطته من جديد ، فإن ذلك يظهر عيباً في القماش ، فعلى صاحب الثوب إلزامه بإعادة صنعه وتضمينه مقدار النقص . أما إذا كانت إعادة صنعه تؤدي إلى فواته ، مثل أن يبني سوراً ، فيخطئ في بنائه ، فعليه هدمه وإعادة بنائه ، وقيمة ما أتلف من مواد البناء ، وللمالك إبقاء السور ولا أجرة له لأنه في حكم المهدوم [2].

الترجيح

بعد عرض الآراء آنفة الذكر فإنني أرجح الرأي الراجح من مذهب الشافعية ، وهو التحالف ، إذ أنّ كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فإذا تحالفا لم تجب الأجرة على المالك ، ولا أرش النقص ــ الضمان ــ على الصانع ، لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ، ونفى ما ادعي عليه فبرئا .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم للحالف على الناكل .

والله أعلم .

---

[1] الذخيرة ، ج٥ ص٥١٥.

[2] الذخيرة ، ج٥ ص٥١٥.

المبحث الثاني

الضمان بسبب المخالفة في القدر أو وقت التسليم

المخالفة في القدر

لا خلاف بين جمهور[1] الفقهاء في تضمين الصانع إذا خالف في القدر المتفق على صناعته مع المالك .

فلو دفع المالك للصانع غزلاً لينسجه سبعاً في أربع ، فعمله أكبر من ذلك أو أصغر ، فالمالك بالخيار، فإن شاء ضمنه مثل قيمة الغزل ، وإن شاء أخذه ، فإن كان أكبر أعطاه الأجر المسمى ولا أجر على الزيادة ، وإن كان الغزل أصغر فأعطاه الأجر بحساب ما نقص، لأنه في الزيادة تبرع وفي النقصان نقص في العمل [2].

ولو قال رجل لخيّاط : إن كان يكفيني هذا الثوب قميصاً ، فاقطعه ، فقطعه ، ولم يكفه كان ضامناً ، أما إذا قال : أيكفيني هذا الثوب قميصاً ، فقال : نعم ، فقال : اقطعه ، فقطعه ، فلا ضمان عليه ، وذلك لأن الأولى شرط ــ أي أذن له بالقطع بشرط الكفاية فقطع بغير وجود الشرط ــ أما الثانية فهي استفهام ، ولم يشترط عليه الكفاية فهو إذن بالقطع مطلقاً [3].

المخالفة في وقت التسليم

ذهب الشافعية إلى أنّه لا ضمان على الصانع إذا خالف في وقت التسليم .

قال الأردبيلي : " لو دفع غزلاً إلى نسّاج لينسجه ، وشرط أن لا يعمل لغيره حتى يفرغ من نسجه ، فعمل لغيره ، فامتد الزمان فسرقت الكرباس[4] أو الغزل ، فلا ضمان عليه ، لأنّ الأجير بالتأخير لا يضمن "[5] .

---

[1] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٤٩٥ . المدونة الكبرى ، ج٣ ص٣٩٩ . كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٩ . العزيز ، ج٦ ص١٦١ .

[2] الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٧١. المدونة الكبرى ، ج٣ ص٣٩٩ . المغني والشرح الكبير ،ج٧ ص٤٥٧ .

[3] الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٤٢. شرح الدردير ، ج٢ ص٢٥٧ . نهاية المحتاج ج٥ ص٣١٤ . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٦ ص٧٥ .

[4] الكرباس : كلمة فارسية معربة معناها القطن .

[5] الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١٣ .

وأما الحنابلة فقد قالوا إذا كانت الإجارة عمل في الذمة ، فيجب عليه القيام به في الوقت المحدد ، لأنّ العقد يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به .

قال ابن قدامة : " فمتى كانت ـ الإجارة ـ على عمل في ذمته فمرض ، وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله ، لأنه حق وجب في ذمته ، فوجب عليه إيفاؤه كالمسلم فيه ، ولا يجب على المستأجر إنظاره ، لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل ، وفي التأخير إضرار به "[1] .

الترجيح

والراجح عندي ما ذهب إليه الحنبلية ، خلافاً لما ذهب إليه الشافعية . ذلك لأنّ ما ذهب إليه الشافعية فيه تضييع لأموال الناس ، وتفويتاً لمصالحهم ، ومخالفة لعرفهم في هذا الزمان ، إذ يعتبر الالتزام بموعد التسليم من أساسيات العقود في وقتنا الحاضر ، ويترتب على المخالفة في موعد التسليم غرامة مالية كبيرة .

والله أعلم

---

[1] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٣٦١ .

المبحث الثالث

الضمان بسبب هلاك العين

المطلب الأول

ضمان العين إذا هلكت قبل الصنع

اختلفت عبارات الفقهاء في تضمين الصانع وعدمه ، إذا هلكت العين في حرزه قبل الصنع ، وذلك تبعاً للظروف التي تم فيها هذا الهلاك ، ولا يعدو حدوث هذا الهلاك للعين عن حالتين :

الأولى : هلاك العين بتقصير من الصانع .

الثانية : هلاك العين بشيء غالب ـ خارج عن الطاقة ـ .

وفيما يلي آراء الفقهاء في الحالتين :

أولاً : هلاك العين بتقصير من الصانع :

إذا هلكت العين بتقصير من الصانع ، كأن سرقت ، أو انسكب عليها سائل فأفسدها ، ذهب أبو حنيفة [1]، والشافعية [2]في الراجح ، والحنابلة [3]في الراجح ، أنه لا ضمان عليه ، وذلك :

أ ـ لأنه أمين ولا شيء عليه .

ب ـ لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة ، ولم يتلفها بفعله فلم يضمنها كالعين المستأجرة .

ج ـ لأنه قبضها بإذن مالكها ، لنفع يعود إليهما فلم يضمنها ، كالمضارب والشريك .

د ـ لأنها كما لو تلفت بأمر غالب .

---

[1] المبسوط ، ج١٦ ص١٠٠ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٨٧ .

[2] الدمياطي ، عثمان ابن محمد ، إعانة الطالبين ، ط ١ ، ١٩٩٥ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٣ ص٢٠١ .
الحاشية المسمى بالكمثرى ، ط١ ، ١٩٩٦ ، مطبعة المدني : القاهرة ، ج١ ص٦١٠.
الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١٠ .

[3] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٣ . الإنصاف في مسائل الخلاف ، ج٦ ص٦٩ . منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٩٣ . كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٤ .

وذهب الصاحبان [1]، ومالك [2]، والشافعية في رواية [3]، والحنابلة في رواية [4]، أنه يضمن ، واحتجوا لذلك بما يلي :-

أ ـ قول النبي ﷺ : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " [5].

ب ـ أن عمر رضي الله عنه كان يضمن الصانع احتياطا لأموال الناس ،وهو المعنى في المسألة، إذ أنّ هؤلاء الصنّاع الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تُخاف الخيانة منهم ، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس ، لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك .

ج ـ لأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق ، فلزمه ضمانها كالمستعير وكالقرض .

وقد رد أبو حنيفة قولهم بما يلي [6]:-

أ ـ أنّ الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المعتدي لقوله عز وجل :

﴿ فَلا عُدْوَانَ إِلا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [7]، ولم يوجد التعدي من الأجير ، لأنه مأذون له في القبض ، والهلاك ليس من صنعه ، فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودَع عنده.

ب ـ أنّ الحديث لا يتناول الإجارة ، لأنّ الرد في باب الإجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الإعارة والغصب .

ج ـ فعل عمر رضي الله عنه ربما كان في بعض الأجراء ، وهو المتهم بالخيانة وبه نقول .

الترجيح

والذي أرجحه في هذه المسألة ما ذهب إليه الصاحبان من الحنفية ، والمالكية ورواية عن الشافعية ،ورواية عن الحنابلة وذلك لأنّ هذا الرأي فيه صيانة لأموال الناس ، وكذلك لأنّ التقصير نوع من التعدي ، وإخلال في الحفظ المطلوب منه ، وهو إهمال يجب أن يتحمل مسؤوليته لا أن يكافأ بالإعفاء من المسؤولية .

---

[1] المبسوط ، ج١٦ ص١٠٠ ، البدائع ج٤ ص٧٣.

[2] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٣ . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج٢ ص٤٦٣ .

[3] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٦. إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠١ .

[4] المغني ، ج٧ ص٤٦٣ . الإنصاف ، ج٦ ص٦٩ .

[5] سبق تخريجه ص٢١ .

[6] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٣ .

[7] البقرة ، آية ١٩٣ .

ثانياً : هلاك العين بما لا يمكن التحرز منه :

إذا هلكت العين بشيء لا يمكن التحرز منه ، كالحريق الغالب ، والعدو المكابر ، والفيضان الظاهر ، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [1]، والمالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة [4]، إلى عدم تضمين الصنّاع هلاك العين .

وفي رواية عند المالكية أنهم يضمنون الصانع في كل حال ، حتى لو قامت البينة على أنّ الهلاك ليس بسببهم ، قال القرافي : " ويضمن الصنّاع إلا أن تقوم بينة بالهلاك من غير سببهم ، لأنهم إنما ضمنوا للتهمة ، **وضمنهم أشهب** [5]وجعل أيديهم أيدي ضمان ، كالغاصب سداً للذريعة [6]، فلا تقبل البينة عنده " [7].

المطلب الثاني

ضمان العين إذا هلكت في يد الصانع ـ أثناء الصنع ـ

ومن أمثلة ذلك تلف الثوب في يد الخياط إذا أخطأ في قصه ، وكذلك كسر لوح الزجاج أثناء تركيبه أو كسر الرخام أثناء تبليطه ، فللفقهاء في هذه المسألة رأيان ،

---

[1] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٢ . المبسوط ، ج١٦ ص١٠٠.

[2] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٤ .

[3] المهذب ، ج٢ ص٢٦٦. الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١٠ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٦ .

[4] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٣.

[5] أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي ، فقيه الديار المصرية في عصره ، من أصحاب الإمام مالك ، قال عنه الشافعي : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه ،وسئل سحنون أيهما أفقه ، ابن القاسم أم أشهب ؟ فقال : كانا كفرسي رهان ، توفي في مصر سنة ٢٠٤ هجري . الديباج المذهب ، ج١ ص٩٨ . طبقات الفقهاء ، ج١ ص٥٥ .

[6] الذريعة : هي الوسيلة للشيء ، أو هي أمر غير ممنوع في نفسه ، ولكنّ التهمة قويت في أدائه إلى فعل محظور . ومعنى سد الذرائع : منع التصرف الجائز الذي يؤدي إلى ارتكاب تصرف آخر محظور . وقد قسم العلماء الذرائع إلى ثلاثة أقسام : ١- ما أجمع العلماء على سده وهي الذريعة التي تفضي إلى المحظور إفضاءً قطعياً مثل ، المنع من شتم آلهة الكافرين إذا علم أنهم مقابل ذلك يشتمون الله عز وجل ، أو حفر بئر في طريق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها .

٢- ما أجمع العلماء على عدم سده مثل المنع من زراعة العنب خشية تحويله خمراً ، أو منع تجاور البيوت خشية الزنا .

٣- ما اختلف فيه مثل الكلام مع المرأة ، أو بيوع الآجال .

الفروق ، ج٣ ص٤٣٦ . معجم مصطلحات أصول الفقه ، ٢٣١ .

[7] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٤.

الرأي الأول : القول بتضمين الصانع ما هلك في يده من فعله ،وهو قول الحنفيـــة[1] ، والمالكية[2] ، والحنابلة [3]، والشافعية [4]في رواية .

جاء في الفتاوي الهندية : " وما هلك في يده بعمله كالقصّار إذا دق الثوب فتخـــرق ، أو ألقاه في النورة فاحترق ٠٠٠٠٠٠٠٠٠ فهو ضامن عند علمائنا الثلاثة ــ أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ــ " [5].

وقال الخرشي[6] : " الصانع يضمن ما تلف مما له فيه صنعة ، وإن صنع ذلك في بيته، أو حانوته ، وسواء عمله بأجر ، أو بغيره ، وسواء تلف بصنعته ، أو بغير صنعته ، ما لم يكن في ذلك تغرير " [7].

وقال ابن قدامة : " فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمـــد علـــى هـــذه المسألة في رواية ابن منصور ، والقصار ضامن لما يتخرق من دقـــه أو مـــده أو عصـــره أو بسطه، والطباخ ضامن لما أفسد من طبخه ، والخبّاز ضامن لما أفسده من خبزه " [8].

وفي هذه المسألة فرق المالكية[9] بين الخبّاز وغيره ، إذ قالوا بعدم تضمين الخبّاز مـــا أفسد من عمله ، وذلك لأنّ النار تغلب فهي ليست كغيرها ، ولا يضمن الخباز إلا إذا تعـــدّى ، كأن لم يكن يحسن الخبز ، أو لم يخرج الخبز حتى احترق .

الرأي الثاني : القول بعدم تضمين الصانع ما هلك في يده من فعله ، إلا إذا تعـــدّى أو فرط ، سواء عمل في ملكه أو ملك المستأجر ، وهو الراجح من مذهب الشافعية [10] ، ومذهـــب الظاهرية [11].

---

(1) المبسوط ، ج١٦ ص٢٣ ، الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٤٢ .

(2) المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٠٠ . سراج السالك، ص١٨٢ .

(3) كشّاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٣ . شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٧٨ .

(4) المهذب ، ج٢ ص٢٦٧ . نهاية المحتاج ،ج٥ ص٣١١ .

(5) الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠١ .

(6) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي ، أول من تولى مشيخة الأزهر ، نسبته إلى قرية يقال لها أبو خراش في مصـــر ، لذلك ينعته البعض بالخراشي ، كان فقيهاً من أعلام المالكية في زمانه ، فاضلاً ورعـــاً ، أقـــام وتوفـــي فـــي القـــاهرة ، سنة١١٠١ هجري . الأعلام ، ج٦ ص٢٤٠ .

(7) الخرشي ، ج٧ ص٢٨ .

(8) المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥١ .

(9) المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٠١ .

(10) الأم ، ج٤ ص٣٧ . إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٢ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٥ .

(11) المحلّى بالآثار ، ج٧ ص٢٩.

ومثال التفريط ، كأن يستأجر خبازاً ليخبز له فأسرف في الوقود ، أو تركه في النار حتى احترق .

وإذا اختلفا ــ المستأجَر والمستأجِر ــ في التعدي والتفريط ، صدق الأجير بيمينه، إلا أن يقول عدلان خبيران أنّه تعدّ [1].

الترجيح

بعد استعراض رأي الفريقين ، فإنّ الراجح عندي هو قول الجمهور - القول بتضمين الصانع ما هلك في يده من فعله - ، لأني أرى أنه أكثر صوناً لأموال الناس ، وحفظاً لها .

والله أعلم

المطلب الثالث

ضمان العين ــ المصنوع ــ إذا هلكت بعد الفراغ من الصنع

إذا هلك المصنوع بعد الفراغ من صنعه ، وقبل تسليمه للمالك ، فهل يضمنه الصانع أم لا ؟

للفقهاء في هذه المسألة آراء أفصلها فيما يلي :-

أولاً : ذهب الصاحبان [2] من الحنفية ، والمالكية [3] ، والحنابلة [4] ، إلى القول بتضمين الصانع ما يهلك بعد صنعه ، سواء كان الهلاك بفعله أم لا ، واستثنى المالكية من تضمين الصانع ما لا يمكن إخفاؤه .

جاء في سراج السالك : " إذا ادعى ضياع شيء من مصنوعه أو تلفه ، فإنّ الضمان يتوجب عليه ، فيما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه ، كالحلي ، والثياب ، وشبههما ، ولا ضمان عليه فيما لايمكن إخفاؤه ، كسفينة حرقت قبل كمال صنعها ، أو جدار انهدم بحادث مطر " [5].

---

[1] نهاية المحتاج ، ج٥ص٣١١ . فتح الجواد بشرح الإرشاد ، ص٥٩٧ .

[2] الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٨٧ . الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٨ .

[3] المدونة الكبرى ،ج٣ص٤٠٠ . حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٨ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٧٨ .

[4] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٦. كشّاف القناع ، ج٤ ص٣٦ .

[5] سراج السالك ، ١٨٢.

ثانياً : ذهب أبو حنيفة [1] ــ رحمه الله ــ إلى القول بتضمين الصانع ما هلك بعد صنعه ، إذا كان الهلاك بفعله ، وإذا كان بغير فعله لا يضمن .

ثالثاً : الراجح من مذهب الشافعية [2] أنه لا يضمن إلا إذا تعدى في إتلافه بعد الفـــراغ من صنعه .

والذي أرجحه في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الصاحبان ، والمالكية والحنابلة .

أما إذا سلمه الصانع للمالك ، فهلك في يد المالك ، فلا شيء على الصانع ، وكذلك لـــو استأجر رجلاً يبني له حائطاً ، وبعد أن أنهى بناءه انهدم ، فإنه لا يضمنه ، وله الأجرة كاملــة ، وكذلك لو استأجره لحفر بئر فانهدمت [3].

وذلك لأنه بمجرد أن أنهى البناء أو الحفر ، يعتبر أنه سلمه للمالك على الصفة التي اتفقا عليها ، فإذا انهدم بعد ذلك ، يكون قد هلك في يد المالك لا الصانع .

وكذلك لا ضمان على الصانع إذا أحضر الشيء المصنوع لربه على الصفة التي عينـــها له ، فدفع له الأجرة ، وبعد ذلك تركه المالك عند الصـــانع ،ثـم ادعـــى الصـــانع ضياعـــه ، لصيرورته ــ المصنوع ــ وديعة عنده [4].

أي أنّ المالك لم يتركه عنده كصانع ، وإنما تركها عنده كمودَع عنده .

فإذا دفع الصانع المصنوع لغير صاحبه ظاناً أنه هو ، فهل يضمنه ؟

ذهب الحنفية [5]، والحنابلة [6]، إلى القول بأنه يضمنه ، وذلك لأنه فوته على صاحبه .

وإذا ادعى الصانع رد السلع إلى أصحابها بعد صنعها ، ونفى أصحابها ذلك ؟

قال أبو حنيفة : أنّ القول في هذه المسألة قول الأجير ، لأنه أمين في القبض ، فـــالقول قول الأمين مع يمينه . وقال الصاحبان : القول قول أصحابها لأنّ السلع قد دخلت في ضمانه فلا يصدق على الرد إلا ببينة [7].

---

[1] الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٨٧ . الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٨ .

[2] الأم ، ج٤ ص٣٧ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٥ . حاشية الشرقاوي ، ج٢ ص٨٩ .

[3] الذخيرة ،ج٥ ص٤٤١ . تكملة المجموع ، ج١٥ ص٢٧٨ .

[4] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٤٩٩ . حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٩ . سراج السالك شرح اسهل المسالك ، ص١٨٢ .

[5] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠٧.

[6] الفروع ، ج٤ ص٤٥١ . منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٣٩ .

[7] بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٤.

وقال مالك : إذا أقر الصانع أنه قبض المتاع فهو ضامن ، إلا أن يقيم البينة أنه قد رده ، ولو جاز هذا القول لهم لذهبوا بأموال الناس [1].

وأما مقدار الضمان :

فذهب الحنفية [2]، والمالكية [3]، في رواية أنّ التلف إذا كان بعد العمل فإنّ الصانع يضمن قيمته معمولاً ويعطى الأجر . وقال المالكية [4]في رواية أخرى : أنّ الضمان يكون بقيمتها يوم قبضها .

قال في المدونة : " إذا هلكت العين بعد صنعها ، فإنّ الأجير يضمنها بقيمتها عند قبضها، ولا يجوز أن يضمنه قيمته معمولاً ويدفع له أجرة العمل " [5].

أما الحنابلة [6]فقالوا : أنّ المالك مخيّر ، إن شاء ضمنه إياه معمولاً وله الأجرة ، وإن شاء ضمنه إياه غير معمول ولا أجرة له .

---

[1] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٦١.

[2] الهداية ، ج٤ ص٦٦ . بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٢ . الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠٠ .

[3] حاشية الخرشي ، ج٧ص٢٨.

[4] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٦١.

[5] نفس المرجع السابق.

[6] الفروع ، ج٤ ص٤٥٠. المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٦ . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٧٢ .

المبحث الرابع

حكم حبس المصنوع لاستيفاء الأجرة

أجاز جمهور[١] الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية في رواية ، والحنابلة ، للصانع حبس المصنوع لاستيفاء أجرته من المالك .

قال السرخسي : " إذا عمل القصار أو الخباز في محله فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لأنه إذا هلك فهو ضامن له " [٢].

وعندما سئل الإمام مالك عن أهل الصناعات ، إذا عملوا للناس بالأجرة ، فهل لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوْا أجرتهم ؟ قال : " نعم لهم أن يحبسوا ما عملوا حتى يعطوا أجورهم " [٣].

وقال القفّال[٤] : " إذا استؤجر صانعاً على عمل من خياطة أو صباغة ، فعمل ، فهل له أن يحبس العين على الأجرة ؟ فيه وجهان . أحدهما : أنه يجوز له ذلك ، والثاني : أنه لا يجوز. " [٥].

وجاء في منتهى الإرادات : " وله ــ الصانع ــ حبس معمول على أجرته " [٦].

وحجتهم في إجازة الحبس ، أنّ عمل الصانع ملكه ، فجاز له حبسه على العوض ، كالمبيع في يد البائع [٧].

أي أنّ الفقهاء قاسوا عمل الصانع على المبيع ، فكما أنّ البائع من حقه أن يحبس المبيع عنده حتى استيفاء الثمن ، فللصانع حبس المصنوع عنده حتى استيفاء الأجرة .

---

[١] اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص١٠٢ . موسوعة الفقه المالكي ، ج١ ص١٦١ . إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٤ . شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٧٩ .

[٢] المبسوط ، ج١٦ ص ٢٤ .

[٣] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٥٠٢ .

[٤] سبق تعريفه ص ٦٧ .

[٥] حلية العلماء ، ج٥ ص٤٥٤.

[٦] منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٩٣.

[٧] اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص١٠٢ . الذخيرة ، ج٥ ص٤٤٠ . حلية العلماء ، ج٥ ص٤٥٥ .

إلا أنّ الحنفية [١]اشترطوا في العين التي يجوز للصانع حبسها لاستيفاء أجرته أن يكون لعمله أثر في العين ، وذلك كالخياط ، والنجّار ، وغيره ، أما إذا لم يكن لعمله أثر في العين كالحمّال ، والملاح ، فلا يجوز له حبسها ، وذلك لأن المعقود عليه نفس العمل ، وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له الحبس .

جاء في نتاج الأفكار : " كل صانع لعمله أثر في العين ، كالقصّار ،والصبّاغ ، فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر ، لأنّ المعقود عليه وصف قائم في الثوب ، فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع ، وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ، ليس له أن يحبس العين للأجر ، كالحمّال ، لأنّ المعقود عليه نفس العمل ، وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه[٢].

وكذلك لا يجوز للصانع حبس المصنوع إذا كان يعمل عند صاحبه ، لأنه لو عمل في بيت مستأجره كان مسلّماً له حكماً ، لكون البيت في يده ، وهو كالتسليم الحقيقي فلا يملك الحبس بعده ، فلو هلك لا يضمن ، فإذا حبسه فهلك فهو ضامن لأنه غاصب [٣].

ومثال ذلك كمن أحضر صانع ليصلح له مرفق صحي داخل البيت ، أو يبني له حائط ، فلا يعقل حبس مثل هذا العمل لأنّه مسلم للمالك حكماً لأنه في بيته وهو ملكه .

فإذا هلك المصنوع أو ضاع أثناء حبسه ، فهل يضمنه الصانع ؟

فرق الحنفية [٤]بين كون المصنوع مما لعمل الصانع أثر في العين أم لا ، فإذا كان المحبوس مما لعمل الصانع فيه أثر في العين ، فقال أبو حنيفة : تسقط الأجرة ، ولا ضمان عليه، لأنه غير متعد بالحبس فبقي أمانة عنده كما كان ، وقال الصاحبان : تسقط الأجرة ، ويضمن ، وحجتهم في ذلك : أنه يجب الضمان عليه قبل الحبس ، فوجب بعده وهو أولى .

أما ما ليس له أثر في العين ، فإنه يضمنه عند الحنفية بالاتفاق ، وذلك لأنه حبسه بغير حق ، فصار غاصباً بالحبس ، ووجه الغصب أنّ العين كانت أمانة في يده ، فإن حبسها بدينه فقد صار غاصباً ، كما لو حبس المودع الوديعة بالدين .

[١] قاضي زاده ، أحمد بن قودر ، نتاج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، دار الفكر : بيروت ، ج٩ ص١٢٥.

[٢] نتاج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، ج٩ ص١٢٥.

[٣] المبسوط ، ج١٦ ص٢٤. شرح المجلة ص٢٧٠ .

[٤] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٦٤ . الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٨ . نتاج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، ج٦ ص١٢٧ . اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص١٠٢ . ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة : بيروت ، ج٧ ص٣٠٣ .

أما المالكية [1]،والحنابلة [2]، فقالوا بتضمين الصانع دون أن يفرقوا بين كون العمل لـــه أثر في العين أم لا ، وذلك لأنّ أصل ما أخذوا عليه هذه الأمتعة على الضمان . وكذلك لأنه لــم يرهنه عنده ولا أذن له في إمساكه فلزمه الضمان كالغاصب .

أما إذا قامت بينة على ضياع المصنوع أو هلاكه أثناء الحبس ، فقد ذهب المالكية إلـــى براءة الصنّاع من الضمان ، ولا أجر لهم ، لأنهم لم يسلموا ما عملوا إلى أربابه [3].

---

(1) المدونة الكبرى ، ج٣ ص٥٠٣.

(2) المغني والشرح الكبير ،ج٧ ص٥٠٣.

(3) المدونة الكبرى ، ج٣ ص٥٠٣.

ضمان وسائل النقل

بداية لا بد من الإشارة إلى اتفاق جمهور الفقهاء من الحنفية[1] ، والمالكية [2] ، والشافعية[3] ،والحنابلة [4] ،على أن يد الأجير على العين المستأجرة يد أمانة فلا يضمنها إذا هلكت في يده بغير تعد ولا تفريط .

وقد ذكر ابن المنذر [5] الإجماع على ذلك فقال : " واجمعوا على أن من اكترى دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة قمح ، فحمل عليها ما اشترط فتلفت فلا شيء عليه " [6] .

وجاء في مجلة الأحكام : " المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن " [7].

وقال النفراوي : " من اكترى شيئاً فهلك فلا ضمان عليه في هلاكه بيده وهو مصدق فيما ادعاه من التلف والضياع لأنه مؤتمن " [8] .

وقال الشيرازي :" إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لأنه عين قبضها ليستوفي منها ما ملكه فلم يضمنها بالقبض كالمرأة في يد الزوج ، والنخلة التي اشترى ثمرتها " [9] .

---

[1] مجمع الضمانات ، ج١ ص٦٩ .

[2] الفواكه الدواني ، ج٢ ص١٢٦.

[3] حاشية اعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٢ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٥ .

[4] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨ . كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٧ .

[5] ابن المنذر ، هو الإمام الحافظ العلامة شيخ الإسلام أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري ، الفقيه نزيل مكة ، وهو أحد الأئمة الأعلام لم يقلد أحدا في آخر عمره ، وصنف في اختلاف العلماء كتبا لم يصنف أحد مثلها ، منها الإجماع والإشراق والإقناع ، قال الشيخ محيي الدين النووي : له من التحقيق في كتبه مالا يقاربه فيه أحد وهو في نهاية من التمكن من معرفة الحديث وله اختيار فلا يتقيد في الاختيار بمذهب بعينه بل يدور مع ظهور الدليل ، مات بمكة سنة تسع أو عشر وثلاث مئة ، سير أعلام النبلاء ، ج١٤ ، ص٤٩٠ . طبقات الفقهاء ، ج١ ،ص٢٠٢.

[6] ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإجماع ، ط٣ ، ١٤٠٢ هجري ، دار الدعوة الإسكندرية ، ج٢ ص١٠١ .

[7] مجلة الأحكام العدلية ، مادة ٦٠٠.

[8] الفواكه الدواني ، ج٧ ص٤٦٥.

[9] المهذب ، ج٢ ص٢٦٦ .

وجاء في حاشيتي قليوبي وعميرة : " ويد المكتري على الدابة يد أمانة مدة الإجارة"[1].

وقال ابن قدامة:" العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر إن تلفت بغير تعدٍ ولا تفريط لم يضمنها "[2].

أما إذا تبين أن الأجير قد أتلف أو عطب العين المستأجرة أو فرط فإنّ ذلك يكــون ســبباً فــي ضمانه للضرر الناتج عن ذلك كما سأبينه في المباحث التالية إن شاء الله.

[1] أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي و أحمد البرلسي المعروف بالشيخ عميرة ،حاشيتا قيلوبي وعميرة ، ط١ ، ١٩٩٧ م ، دار الكتب العلمية : بيروت ، ج٣ ص٤٦٥ .

[2] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٥.

المبحث الأول

ضمان ضرر وسيلة النقل نتيجة لخفة المحمول أو ثقله

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] ،والمالكية[2] ،والشافعية [3] ،والحنابلة [4] إلى القول بأن المستأجر إذا خالف إلى مثل الوزن المشروط أو أخف فلا شيء عليه لأن الرضا بأكثر الضررين رضى بالأدنى، وبمثله دلالة، أما إذا خالف إلى ما فوقه بالضرر – أثقل وزناً – فإنه يضمن، إلا أنهم اختلفوا في مقدار الضمان، فذهب الحنفية [5] إلى القول بأن الضمان يكون بمقدار الزيادة وعليه الأجر، إلا إذا كان الحمل لا تطيقه مثل تلك الدابة فإنه يضمن قيمتها كلها، وقال المالكية [6] : أنه مخير بين أن يأخذ قيمة كراء ما زاد عليها مع الكراء الأول أو قيمة الدابة إذا كان مقدار الزيادة مما يعطب بمثله ، أما إذا كانت الزيادة مما لا يعطب بمثله فله كراء الزيادة مع الكراء الأول ولا خيار له . وذهب الشافعية [7] ، والحنابلة [8] ، إلى القول بأنه يضمن قيمة الدابة كلها ، وزاد الشافعية بأنه عليه الأجرة كذلك .

قال الكاساني : " الأصل أنّ المستأجر إذا خالف إلى مثل المشروط أو أخف ، فلا شيء عليه ، لأنّ الرضا بأعلى الضررين رضا بالأدنى وبمثله دلالة ، وإن خالف إلى ما فوقه بالضرر فعطبت الدابة ، فإن كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابة ، ولا أجر عليه ، وإن كان من جنسه ضمن بمقدار الزيادة وعليه الأجر [9] ، لأنها هلكت بفعل مأذون وغير مأذون ، فيقسم على قدرها ، إلا إذا كان قدراً لا تطيقه الدابة ، فيضمن لكونه غير معتاد فلا

---

[1] المبسوط ، ج١٦ ص١٢ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٧٧ . مجمع الضمانات ، ج١ ص٦٩ .

[2] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٦ . اسهل المدارك ، ج٢ ص٣٢٣ .

[3] الأم ، ج٤ ص٣٩. المهذب ، ج٢ ص٢٥٨ .

[4] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٥٠ . منتهى الإرادات ، ج٢ ص٢٥٨ .

[5] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٤٩٠ . بدائع الصنائع ،ج٤ ص٧٧ . الهداية ، ج٤ ص١٢ .

[6] سراج السالك شرح أسهل المسلك، ص١٨٣ . الخرشي ، ج٧ ص٤١ . المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٦ .

[7] مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٩ . نهاية المحتاج ، ج٥ ص٣١٤ .

[8] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٤٩ . المغني والشرح الكبير، ج٧ ص٤٢١ .

[9] لا يقال في مثل هذه الحالة ، كيف اجتمع الأجر والضمان – وهناك قاعدة فقهية في المذهب الحنفي تقول : الأجر والضمان لا يجتمعان– ؟

لأن الأجر في مقابلة الحمل المسمى ، والضمان في مقابلة الزائد . البحر الرائق ، ج٧ ص٣٠٩ . = = يتبع

يكون مأذوناً فيه " [1].

وخالف في ذلك زفر إذ قال : " يضمن قيمة كل الدابة ، لأنّ التلف حصل بالزيادة فكانت علة التلف " [2].

وقال القرافي : " إذا زدت على الدابة ما يعطب بمثله ، فعطبت خُيّر – صاحب الدابة – بين كراء المثل في الزائد ما بلغ مع كراء الأول ، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له، أما إذا زاد ما لم يعطب بمثله فعطبت لا يضمن وله كراء الزيادة " [3].

واستثنى فقهاء المالكية من ذلك زيادة الحاج في وزن الزاملة أكثر من شرطه مما يعطب مثله فلا ضمان لأنّ الحاج عرف بذلك [4].

أي أنّ الحاج لا يضمن هلاك الدابة ، أو كراء الزيادة ، نتيجة زيادة المتاع المحمول ، لأنّ عادة الحجاج الزيادة في المتاع ورحلة الحج لها ظرف خاص .

وقال الشافعي : " إذا تكارى الرجل الدابة ، على أن يحمل عليها عشرة مكاييل مسماة فحمل عليها أحد عشر مكيالاً ، فعطبت الدابة فهو ضامن لقيمة الدابة كلها وعليه الأجر " [5].

إلا أن الرافعي[6] قال :

= قال شارح المجلة وهو يشرح المادة ٨٦ – الأجر والضمان لا يجتمعان – هذا كله إذا اتحد السبب والمحل ، لما إذا اختلفا فلا مانع من اجتماع الأجر والضمان ، كما لو استأجر دابة على أن يركبها بنفسه الى محل معين ، فركبها بنفسه ولكنه أردف معه من يتمسك بنفسه ، وبعد وصوله الى ذلك المحل هلكت الدابة ، فإنه يلزمه الأجر ، ويضمن نصف قيمة الدابة ، أما لزوم الأجر فلأنه ركب بنفسه واستوفى المنفعة المعقود عليها ، أما ضمان نصف القيمة ، فلأنه تعدى بأن أركب معه من يستمسك بنفسه ، فكان الأجر لسبب والضمان لسبب آخر . شرح المجلة ، ص٧٥ .

[1] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٧ .

[2] المرجع السابق .

[3] الذخيرة ، ج٥ ص٥٠٩.

[4] المرجع السابق.

[5] الأم ، ج٤ ص٣٩.

[6] الرافعي ،هو عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل، الإمام العلامة إمام الدين أبو القاسم القزويني تفقه على والده وغيره وسمع الحديث من جماعة ، قال ابن الصلاح : أظن أنني لم أر في بلاد العجم مثله كان ذا فنون حسن السيرة جميل الأمر صنف شرح الوجيز في بضعة عشر مجلدا لم يشرح الوجيز بمثله ،وقال النووي : إنه كان من الصالحين المتمكنين وكانت له كرامات كثيرة ظاهرة وقال أبو عبد الله محمد بن محمد الإسفراييني :كان أوحد عصره في العلوم الدينية أصولا وفروعا ومجتهد زمانه في المذهب وفريد وقته في التفسير وقال الإسنوي : صاحب شرح الوجيز الذي لم يصنف في المذهب مثله وكان إماما في الفقه والتفسير والحديث والأصول قال ابن الصلاح توفي في أواخر سنة ثلاث أو أوائل سنة أربع وعشرين وستمائة ،طبقات الشافعية ، ج٢ ص١٢ .

أنّ في مقدار ضمان الحمولة الزائدة ثلاثة أقوال [1]:

أولاها : النصف ، لأنّ التلف تولد من جائز ، وغير جائز ، فانقسم الضمان عليهما ، كما لو جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة ، يجب نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة .

الثاني : أنّ قيمة الدابة توزع على الأصل والزيادة ، فيضمن بقسط الزيادة ، لأنّ التوزيع على المحمول ميسر بخلاف الجراحات فإن نكايتها لا تنضبط .

الثالث : أن يضمن جميع القيمة .

جاء في منتهى الإرادات : " ... ولحمولة قدر فزاد ،أو إلى موضع فجاوزه فالمسمى ، ولزائد أجرة مثله ، وإن تلفت فقيمتها كلها ، وإن كانت في يد صاحبها " [2].

وقيل يضمن نصف قيمتها إلا أنّ الرأي الراجح عند الحنابلة ضمان قيمتها كاملة[3].

الترجيح

أرى أنّ الدابة إذا سلمت ، فإنه يضمن قيمة الزائد بمثل أجرته ، أما إذا تلفت فإنه يضمن قيمة الدابة كلها .

فإذا استأجر وسيلة نقل لمنفعته فأعطاها لآخر لقيادتها فهل يضمن ؟ أم لا ؟

اختلفت نظرة الفقهاء في معالجة هذه المسألة من عدة وجوه ، فمنهم من عالج هذه المسألة من جهة حال الراكب ، وكيفية سوقه لها ، وبناء على ذلك حكم بتضمينه وعدمه ، وهو ما ذهب إليه الحنفية [4]، ومنهم من عالج هذه المسألة من حيث ثقل الراكب وخفته بالوزن ، وهو ما ذهب إليه الشافعية [5]، والحنابلة [6]،ومنهم من عالجها من المنظورين معاً – الخفة

---

[1] العزيز شرح الوجيز ، ج٦ ص١٥٣.

[2] منتهى الإرادات ، ج١ ص٤٨٧.

[3] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٤٩ .

[4] الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٤٦. الفتاوي البزّازية ، ج٥ ص٧٧ . المبسوط ، ج١٥ ص١٧٠ .

[5] مغني المحتاج ، ج٢ ص ٤٧٧. حاشية الشرقاوي ، ج٢ ص٨٩ . روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٠٣ .

[6] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٣٨٤ .

والنقل ، وحال الراكب وكيفية سوقه – وهو ما ذهب إليه المالكية [١].

قال الكاساني : " إذا استأجرها ليركب ، فأركب عليها غيره ضمن ولا أجر ، لأنّ الناس متفاوتون في الركوب ، والخلاف هنا ليس من جهة الخفة والثقل ، وإنما من حيث الخرق والعلم ، فإنّ خفيف البدن إذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة ، والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضر بها ، فإذا عطبت علم أنّ التلف حصل من خرقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه " [٢].

وجاء في اللباب : " أما إذا استأجرها – الدابة – على أن يركبها هو فلا يجوز أن يركبها غيره ، فإذا أركبها غيره فعطبت كان ضامناً لها ، لأنّ الناس يتفاوتون في الركوب فصح التعيين ، وليس له أن يتعداه ، وليس للمالك أجر لأنّ الأجر والضمان لا يجتمعان"[٣].

وجاء في المدونة : " من اكترى دابة فحمل عليها من هو أثقل منه فقول مالك أنه يضمن، أي المكتري الأول " [٤]. " وقال مالك : من اكترى فأركب عليها غيره أنّ ذلك لا يعجبه ، لأنّ الرجل قد يكري الرجل لحاله وحسن ركوبه ، فقد تجد الآخر ربما أخف منه وهو أخرق في الركوب منه " [٥].

وقال البيجوري : " إذا أركب من هو أثقل منه فإنه يضمن لأنّ ذلك يعتبر عدواناً"[٦].

وقال ابن قدامة : " إذا اكترى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ، ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه . وخالف في ذلك القاضي ،وقال : يشترط أن يكون مثله في هذه الأوصاف كلها لأنّ قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب وتضر به " [٧].

الترجيح

إذا أردنا معالجة هذه المسألة حسب العرف في هذه الأيام – وهو الأولى – فإنني أرى أنّ أقرب الآراء للواقع هو رأي الحنفية ، ذلك أنّه لا عبرة لوزن السائق في التأثير على وسيلة النقل وإنما العبرة لحذقه في السياقة .

والله أعلم

---

[١] المدونة الكبرى ، ج٤ ص٤٨٥.

[٢] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٦٧.

[٣] اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٠.

[٤] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٥.

[٥] المرجع السابق .

[٦] حاشية البيجوري ، ج٢ ص٦٠.

[٧] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٣٨٤.

أما إذا إستأجر وسيلة نقل ولم يحدد من يسوقها هو أو غيره فيجوز له أن يركبـــها مـــن يشاء ولا شيء عليه .

جاء في اللباب : " إذا أطلق الركوب عندما استأجر الدابة فيجوز له أن يركبها من يشـاء ".[1]

---

[1] اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٠.

المبحث الثاني

ضمان ضرر وسيلة النقل بسبب المخالفة في جنس المحمول

إذا استأجر وسيلة نقل ليحمل عليها نوعاً معيناً ، بقدر معين ، وحجم معين ، فخالف إلى نوع آخر ، فإذا كان هذا النوع مساوياً للنوع الأول في الضرر والمقدار والحجم ، أو كان مساوياً في الضرر والمقدار ولكن حجمه أكبر ولا يجاوز الموضع المهيأ للحمل ، فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [1]، والمالكية [2]، والشافعية[3] ، والحنابلة [4] إلى القول : بعدم ضمانه لوسيلة النقل إن أصابها عطب أو تلف ، أما إذا خالف إلى ما هو غير مساوٍ ، أو مساوٍ في القدر لكنه أقل حجماً أو أكبر حجماً من موضع الحمل ، أو أكثر ضرراً ، فإنه يضمن ولا يجوز له ذلك .

جاء في الفتاوي الخانية : " إذا سمى نوعاً وقدراً يحمله على الدابة ، مثل أن يقول : خمسة أقفزة حنطة ، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر ، كالعدس لعدم التفاوت ، أو أقل ضرراً كالشعير لكونه خيراً من المشروط ، وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا به ، والأصل أنّ من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفاها ، أو مثلها ، أو دونها جاز لدخوله تحت الإذن ، ولو أكثر لم يجز لعدم دخوله تحته " [5].

وقال الكاساني : " الأصل أنّ المسمى متى كان في موضع الحمل ، والمحمول أيضاً في موضع الحمل ، وقد استويا وزناً ، إلا أنّ المحمول يأخذ من موضع الحمل أقل مما يأخذه المسمى ضمن لأنّ المحمول حينئذ يكون أضر بالدابة من المسمى ، فإن كان المحمول يأخذ من موضع الحمل أكثر مما يأخذه المسمى بشرط أن لا يجاوز موضع الحمل فإنه لا يضمن لأنه أيسر على الدابة " [6].

---

(1) اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٠. الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٤٩٠ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٧٧ . مجمع الضمانات ، ج١ ص٧٥ .

(2) المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٨ . الذخيرة ، ج٥ ص٥١٠ .

(3) الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص ٦١٢ . حاشية الشرقاوي ، ج٢ ص٨٩ . حاشية البيجوري ، ج٢ ص٦٠ . فتح الجواد بشرح الإرشاد ، ص٥٩٨ .

(4) المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٣٨٩ .

(5) الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٤٦.

(6) بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٨.

وجاء في المدونة : " إن تكارى بعيراً ليحمل عليه حمل كتان ، فحمل عليه حمل صوف ، فعطب ، ينظر ، فإن كان الذي حمل عليه هو أخف وأتعب ، وربما كان الشيئان ربهما واحد ، وأحدهما أتعب من الآخر لجفائه ، أو لشدة ضمه على جنبي البعير ، كالرصاص والنحاس ، فإن كان الذي حمل عليه ليس فيه مضرة ، ولا أتعب على الذي اشترط فلا ضمان عليه ، وإن كان هو أتعب وأضر فهو ضامن " [1].

وقال الشرقاوي : " ... أو حمّل الدابة مائة رطل شعيراً ، بدل مائة رطل براً ، أو عشرة أقفزة براً ، بدل عشرة أقفزة شعيراً فيصير ضامناً للدابة لتعديه ، لا عكسه بأن يحملها عشرة أقفزة شعيراً بدل عشرة أقفزة براً لخفة الشعير مع استوائهما بالحجم " [2].

إلا أنّ من يقرأ كلام الشيرازي يلمس منه ، أنّ المخالف في جنس المحمول يضمن في كل حال سواء كان أخف أو أثقل ، إذ يقول :

" فإن اكترى ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد ، لأنه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله ، فإن اكتراه للحديد لم يحمل عليه القطن لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر " [3].

ومثال ذلك كأن يستأجر سيارة ليحمل عليها خمسة أطنان من حديد ، فلا يجوز له أن يحمل عليها خمسة أطنان من الإسفنج ، إذ ربما كبّر حجم الإسفنج يؤدي إلى انقلاب السيارة من قوة الريح رغم أنه مساوي لوزن الحديد . وكذلك من استأجر سيارة ليحمل عليها ٢٠ طناً من الطحين لا يجوز له أن يحمل عليها ٢٠ طناً من الحديد لأنّ الحديد يجتمع في موضع أقل حجماً فيكون أضر على وسيلة النقل .

وقال ابن قدامة : " وكل عين استأجرها لمنفعة ، فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة ، وما دونها في الضرر ، قال أحمد : إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً ، فحمل عليها حنطة ، أرجو أن لا يكون به بأس إذا كان الوزن واحداً " [4].

وقال البهوتي : " من اكترى دابة لحمل حديد أو قطن فلا يحق له تحميلها الآخر ، لأنّ ضررهما مختلف ، فإن فعل فله أجرة المسمى زائد أجرة المثل للاختلاف ، وإن تلفت الدابة فإنه يضمن " [5].

---

[1] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٨ .

[2] حاشية الشرقاوي ، ج٢ ص٨٩ .

[3] المهذب ، ج٢ ص٢٥٧ .

[4] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٣٨٩ .

[5] شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٦٨ .

وأما مقدار الضمان :

فقد ذهب الحنفية [1] إلى القول : بأنّه يضمن قيمة الدابة كلها إذا عطبت ولا أجر له ، وإن سلمت فله الأجر المسمى .

وقال المالكية [2]: إنّ صاحب الدابة مخير بالضمان ، فإن شاء كان له كراء فضل ذلك الحمل ، وإن أحب فله قيمة الدابة يوم حملها ولا كراء – أجر – .

وقال الحنابلة [3]: إذا تلفت الدابة فإنه يضمن قيمتها ، وإذا سلمت له أجرة المثل زيادة على المسمى .

الترجيح

أرجح في هذه المسألة ما ذهبت إليه الحنبلية ، أنّ وسيلة النقل إذا تلفت فإنه يضمن قيمتها ، أما إذا سلمت فله أجرة المثل زيادة على المسمى .

[1] بدائع الصنائع ، ج٤ ص٦٧ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٧٧ .

[2] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٨.

[3] شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٦٨ .

المبحث الثالث

ضمان ضرر وسيلة النقل بسبب المخالفة في المكان أو الزمان

كان أكثر بحث الفقهاء في القديم حول المخالفة في المسافة أو المكان ، ولم يتطرقوا كثيراً – حسب ما اطلعت عليه – في البحث عن المخالفة في الزمان ، ويبدوا أنّ ذلك يرجع لعدم وجود مقدار زمني محدد بشكل دقيق لقطع المسافة بين الأماكن والمدن ، أو أنّ العرف في زمانهم كان بتحديد الوقت بمقدار قضاء الحاجة ، لذلك كان تحديد مدة إجارة وسيلة النقل بمقدار المسافة المقطوعة ، أو عند الوصول إلى المكان المقصود ، بيد أنّ المعول عليه أكثر في زماننا تحديد المدة الزمنية بغض النظر عن المسافة المقطوعة .

ولا يعني كلامي هذا أنهم لم يبحثوا الموضوع ، وإنما أقصد أنهم لم يبحثوا الموضوع بشكل صريح تحت عنوان المخالفة في الزمان ، وإن عالجوه عبر الكلام عن حبس وسيلة النقل بعد استيفاء المنفعة .

المطلب الأول
المخالفة في المسافة والمكان

وأعرض الآن لبيان أقوال الفقهاء فيها:

أولاً : الحنفية [1]:

إذا استأجر وسيلة نقل ليذهب عليها إلى مكان معلوم ، فذهب إلى غيره – ولو كان أقرب – فعطبت ، أو أخذ يتنقل بها في بلده ، فعطبتْ قبل أن يغادر إلى المكان المتفق عليه فإنه يضمنها .

وكذلك إذا زاد على المسافة فهلكت فإنه يضمن جميع القيمة لعدم الإذن في الزيادة ،أما إذا زاد على المسافة ولم تعطب الدابة فلا أجر عليه [2] لما زاد لأنّ المنافع لا تضمن بالغصب

---

[1] البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج٨ ص١٦. بدائع الصنائع ، ج٤ ص٨٠ . الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٤٩٠ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٧٨ . مجمع الضمانات ، ج١ ص ٧١ .

[2] هذا الرأي بناء على القاعدة الفقهية " الأجر والضمان لا يجتمعان " ، فالغاصب يضمن مثل المغصوب ، أو قيمته عند=

عند الحنفية .

قال في الخانية : " رجل استكرى دابة لمسيرة فرسخ ، فسار عليها لسبعة فراسخ ، كان عليه الأجر المسمى للفرسخ ، وفيما زاد عن الفرسخ يكون غاصباً ، ولا أجر عليه ، وإن أرضى المستأجر بشيء كان أفضل "[1].

ثانياً : المالكية [2]:

إذا زاد على المسافة المتفق عليها ، وسلمت وسيلة النقل ، فإنه يأخذ الأجرة المتفق عليها ، بالإضافة إلى أجرة المثل للمسافة الزائدة ، أما إذا عطبت فإنه مخير بين الأجرة المتفق عليها بالإضافة إلى أجرة المثل للمسافة الزائدة ، أو الأجرة المتفق عليها بالإضافة إلى قيمة وسيلة النقل يوم التعدي .

جاء في المدونة : " من استكرى دابة لبلد ، ثم تجاوز ذلك البلد إلى بلد سواه ، فإنّ الدابة إن سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما تعدى بها ، وإن تلفت في تعديه بها ضمنها ، وأدى كراءها الذي استكراها به " [3].

وجاء في التلقين : " في الدابة يزيد عليها في المسافة ، فربها مخير بين كراء الزيادة ، وبين قيمتها يوم التعدي ، والأجرة الأولى لازمة على كل حال " [4].

ثالثاً : الشافعية [5]:

-- هلاكه ولا يدفع أجرته . وذلك باعتبار أنّ المنافع ليست أموال – حسب قول الحنفية – .

قال الزحيلي : عند الحنفية المنافع لا تضمن بالغصب ، لأنها ليست أموالاً ، فالمال عندهم مقصور على الأشياء المادية ، وبالتالي لا تضمن عندهم منافع المغصوب ، إذ ليس للمنفعة مثل فلا يمكن الحكم ببدلها ، وإنما يؤاخذ الناس ديانةً في الآخرة .

نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، الزحيلي ، ص١٢٠ .

[1] الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٤٤.

[2] حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٩ . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٧٧ . سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ص١٨٣ . الذخيرة ، ج٥ ص٥١١ . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج٢ ص٣٢٣ . موسوعة الفقه المالكي ، ج١ ص١٤٥ .

[3] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٨٨.

[4] كتاب التلقين في الفقه المالكي ، ج٢ ص٤٠٢ .

[5] الام ، ج٤ ص٢٤ . تكملة المجموع ، ج١٥ ص٣٥١ . فتح الجواد بشرح الإرشاد ، ص٥٩٨ . حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ،ج٥ ص٤٤٤ .

إذا جاوز المسافة المتفق عليها ، وسلمت وسيلة النقل ، فعليه أجرة المثل ، أما إذا عطبت ولم يكن صاحبها معها ، فإنه يضمنها بمقدار أعلى قيمة لها من حين جاوز المكان وحتى التلف ، أما إذا كان صاحبها معها ففي ضمانها قولان :-

أ – يضمنها ، لأنّ سكوت صاحبها لا يسقط الضمان ، كما إذا جلس إنسان لآخر فمزق ثيابه وهو جالس .

ب – لا يضمنها لأنها في يد صاحبها .

وكذلك في مقدار ضمانها وصاحبها معها قولان :-

١- نصف قيمتها لأنّ هلاكها كان من مضمون وغير مضمون .

٢- أنّ الضمان يسقط على المسافتين ، فما قابل مسافة الإجارة المتفق عليها يسقط ، وما زاد على المسافة يجب ، وذلك قياساً على ضمان الزيادة في حد القذف .

رابعاً : **الحنابلة** [1]:

ذهب الحنابلة إلى أنّ المكتري إذا زاد على المسافة المتفق عليها ، وسلمت وسيلة النقل ، فإنّ عليه أجرة المثل للزائد ، بالإضافة للأجرة المتفق عليها ، أما إذا عطبت فإنّ عليه ضمان قيمتها سواء كان صاحبها معها أم لا .

قال الخرقي :" ومن اكترى دابة إلى موضع فجاوزه ، فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز ، وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها "[2] .

الترجيح

أوافق رأي الفقهاء في ضمان قيمة الدابة ، إذا هلكت أثناء التعدي بمجاوزة المكان المتفق عليه ، وأما إذا سلمت فالراجح عندي قول المالكية ، وهو أخذ الأجرة المتفق عليها بالإضافة إلى أجرة المثل للمسافة الزائدة .

والله أعلم

---

[1] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤١٨. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٤٩ .

[2] الخرقي ، أبو القاسم عمر بن الحسين مختصر الخرقي ، ط٣ ، ١٤٠٣ هجري ، المكتب الإسلامي : بيروت ، ص٧٧.

الترجيح

والذي أرجحه في هذه المسألة ، أنّ الدابة إذا سلمت فللمالك أجرة المثل عن كـــل يــوم تأخر فيه ، زيادة على الأجر المسمى ، أما إذا تلفت فإنه يضمن قيمة الدابة كاملة .

والله أعلم .

المبحث الرابع

ضمان الحمالين والمكارين والملاحين [1]

أعالج في هذا المبحث – إن شاء الله – أقوال الفقهاء في تضمين الحمالين والمكارين والملاحين ، مع أنّ الحمالين يندر وجودهم في المجتمع هذه الأيام ، ذلك أنّ واقعنا المعاصر يعتمد على المكارين والملاحين أكثر في تنشيط الحركة الاقتصادية عبر نقل البضائع بين الأماكن المختلفة من خلال ما يسمى بشركات النقل البري والبحري والجوي ، ويعود ذلك لتوفر الكثير من الآليات التي يمكن تحميل البضائع عليها ، سواء كان ذلك على مستوى العربات اليدوية ، وحتى أعظم الشاحنات الجرارة ، والناقلات البحرية الضخمة ، وطائرات الشحن العملاقة ، خلافاً لما كان عليه العهد في العصور السالفة .

أولاً : الحنفية [2]:

ذهب الحنفية إلى تضمين الحمال ما هلك من المتاع إذا كان هلاكه بسقوطه عن ظهره بسبب عثاره أو انقطاع الحبل .

أما إذا سقط المتاع عن ظهر الحمال بغير عثار :

أ – كما لو كان سقوطه بسبب مزاحمة الناس له فإنه لا يضمن ، لأنه لا يمكنه حفظ نفسه من ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب .

ب– أما إذا لم يزاحمه الناس ،فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ويضمن عند الصاحبين.

ج – أما إذا زاحم الحمال الناس فإنه يضمن عند الثلاثة – أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد – ولا عبرة لكون صاحب المتاع مع الحمّال أم لا ، ذلك أنّ عثاره من جناية يده .

أما إذا سرق المتاع من الحمّال فإن كان رب المتاع معه فلا ضمان عليه ، ذلك أنه لم يخل بينه وبين المتاع ، أما إذا لم يكن معه فإنه يضمن عندهما خلافاً لأبي حنيفة .

---

[1] الحمال : هو الذي يحمل على ظهره .

المكاري : هو الذي يحمل المتاع على الدابة ويسوقها .

الملاح : الذيى يوجه السفينة أو يعمل على ظهرها .

رد المحتار إلى الدر المختار ، ج٩ ص٩١ .

[2] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩١ . الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج٣ ص٢٧٥ . بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٥ . الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠١ . اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٣ . مجمع الضمانات ، ج١ ص١١٨ .

وبالنسبة لمقدار الضمان :

إن شاء صاحب المتاع ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ، ولا أجر لـــه ، وإن شـــاء ضمنه في المكان الذي أتلفه وله الأجر ، وذلك لأنه وجد جهتا الضمان القبض والإتلاف ، فكـان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض ، وله أن يضمنــه بـــالإتلاف يــوم الإتـــلاف ، وهـــذا رأي الصاحبين.

أما أبو حنيفة فقال أنّ الحمال يضمن قيمته محمولاً عند الموقع الذي فسد فيه ولا خيـــار له ، لأنّ الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض .

ولم يفرق الحنفية كثيراً بين الحمّال والمكاري ، فقد ذهبوا إلى تضمين المكاري إذا هلك المتاع الذي على دابته بسقوطه عنها ، سواء كان ذلك نتيجة تعثرها ، أو بسبب الحبل الذي يشـد به المتاع عليها .

فإن قيل وكيف يضمن الأجير المتاع بانقطاع الحبل وهو ليس من صنعه ؟

أجاب على ذلك صاحب الهداية بقوله : " وانقطاع الحبل من قلة اهتمامـــه فكـــان مـــن صنيعه " [١].

فإن قيل أنّ أبا حنيفة قال : لا يضمن بالغصب والسرقة ، وهذا يحدث من قلة الاهتمام . فقد أجاب على ذلك قاضي زاده بقوله :

" الفرق أنّ التقصير هناك في الحفظ ، وهو مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً، أما ها هنـــا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصوداً فله اعتبار " [٢].

فإذا عثرت الدابة بسوق رب المتاع والمكاري ، لم يضمن المكاري [٣]، أمـــا إذا كانـــا يسوقانها فانقطع الحبل وفسد المتاع فإن المكاري يضمن بالاتفاق[٤] – أبو حنيفة وأبـــو يوســـف ومحمد – .

ومثال ذلك : كأن تنقلب شاحنة محملة بالبضاعة فإن صاحبها لا يضمن المتاع ، أمـا إذا سقطت البضاعة عن الشاحنة فإن صاحب الشاحنة يضمنها لأنه قصر في ربطها .

ولو فسد المتاع المحمول نتيجة تعرضه للشمس أو المطر ، فيضمـــن المكـــاري عنـــد الصاحبين ، ولا يضمن عند أبي حنيفة[٥] .

---

[١] الهداية شرح بداية المبتدي ، ج٣ ص٢٧٤ .

[٢] نتائج الأفكار في كشف الرموز والأفكار ، ج٩ ص١٢٦ .

[٣] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠٢.

[٤] الفتاوي البزّازية ، ج٥ ص٧٩.

[٥] الفتاوي الهندية ، ج٤ ص٥٠٢ .

وبالنسبة للملاحين فقد ذهب الحنفية [١]إلى تضمين الملاح تلف المتاع ، إذا غرقت السفينة من تجذيفه أو مده – زيادة الحمولة – إن جاوز المعتاد ، وأما إذا غرقت السفينة بموج أو ريح ، بلا فعل من الملاح فلا يضمن ، وإن غرقت من تجذيفه ومده ، وإن لم يجاوز المعتاد فإنه يضمن عند الصاحبين لأنه من جناية يده ولا يضمن عند أبي حنيفة .

أما إذا كان صاحب المتاع أو وكيله موجوداً في السفينة مع متاعه فإن الملاح لا يضمن، وحتى لو غرق صاحب المتاع فإنّ الملاح لا يضمن ، وذلك لأنّ الآدمي لا يضمن بالعقد ، وإنما يضمن بالجناية .

ولو دخل الماء الى السفينة فأفسد المتاع ، فهل يضمن الملاح ؟ أم لا ؟

إذا كان دخول الماء بفعل الملاح ضمن ، وإن لم يكن بفعله ، ولكن يمكن التحرز منه فإنه يضمن عندهما إن لم يكن رب المتاع معه .

ثانياً : **المالكية** [٢]:

ذهب المالكية إلى تضمين الحمالين والمكارين والملاحين ما يتلف من الطعام خاصة ، أو ما في حكمه إذا انفرد بحمله دون صاحبه ، أما غير الطعام فلا يضمن إلا بالتعدي والتضييع ، وإلا فلا ضمان عليه .

جاء في أسهل المدارك : " أما الأكرياء كالحمالين والشيالين والعربجية فإنهم يضمنون ما تلف منهم ، أوضاع من طعام ، خاصة كالقمح والأرز والعسل وغير ذلك مما يؤكل، وكذلك كل ما يشرب ، وذلك لأنّ الطمع في مثل هذه الأشياء كثير والأيدي تمتد إليها بسهولة ، فمن المصلحة أن يضمنها الحمالون صيانة لأموال الناس ، وإنما يضمنون بشرطين : أولاً : أن يكون التلف أو الهلاك حاصلاً بسببهم ، كما إذا أهمل أحد في حفظها بأن ربطها بحبل واهٍ .

ثانياً : أن لا يكون صاحب الطعام المحمول معه ، لأنه لم يسلمها للحمال ويتركه وشأنه ، بل لازمه في سيرها وحفظها فلا ضمان على الحمال "[٣].

وكذلك جاء في المدونة : " إذا استأجر جمّالاً ، أو حمّاراً ، أو بغّالاً فعثرت الدابة وسقط ما عليها من طعام وشراب أو انقطعت الحبال ، فسقط المتاع ففسد فلا ضمان عليه إلا أن يكون

---

[١] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩١ . المبسوط ، ج١٦ ص١٠ . بدائع الصنائع ، ج٤ ص٧٣ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٩٥ .

[٢] حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٦ . بلغة السالك ، ج٢ ص٢٥٦ . شرح الدردير ، ج٢ ص٢٥٦ .

[٣] اسهل المدارك ، ج٢ ص٣٣٥ .

غرّه من الحبال أو غره من عثارها فإنه يضمن ،وأما غير ذلك فإنه هدر ولا شيء فيه لأنّ العجماء جبار[1] "[2].

فإذا ادعى الحمّال ، أو المكاري ، أو الملاح تلف المتاع ، أو هلاكه ، أو سرقته فإنه لا يُصدّق إلا أن يأتي بالبينة على ذلك ، أما في غير الطعام فإنه يُصدّق .

قال مالك : " وفي الطعام والأدام إذا تكاراه على أن يحمله على نفسه ، أو على دابته ، أو على سفينته فهو ضامن للطعام والأدام إلا أن يأتي ببينة ، يشهدون على تلف الطعام والأدام أنّه تلف من غير فعل هذا الذي حمله فلا يكون عليه ضمان ، ولو تكاراه على أن يحمل له البز والعروض على إبله أو على سفينته فادعى أن ذلك المتاع والعروض قد ضاع منه أنه يصدق ، وهو في المتاع والعروض مؤتمن ، إلا أن يأتي بأمر يستدل به على كذبه ، وأما الطعام والأدام فهو ضامن لذلك إلا أن يأتي ببينة على هلاكه "[3].

وقد علل ابن شاس[4]تضمينه الطعام والأدام خاصة بقوله : " وإنّما خص الطعام بذلك لمسيس حاجة الناس إليه وضرورتهم ، ولو لم يضمنوا لتسارعوا إلى أخذه إذ لا يدل عليهم فيه ، فيؤدي ذلك إلى امتناع الناس من الحمل معهم ، وتدخل المضرة على الفريقين فضمنوا دفعاً لهم "[5].

---

[1] هذه قاعدة فقهية أصلها حديث نبوي شريف يرويه البخاري ومسلم ، وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم :" العجماء عقلها جبار " وهذه رواية البخاري . صحيح البخاري ،كتاب الديات ، حديث رقم ٦٩١٣ ، ج٨ ص٦٠ . أما رواية مسلم فهي قول النبي صلى الله عليه وسلم : " العجماء جرحها جبار ". صحيح مسلم ، كتاب الحدود ، حديث رقم ١٧١٠ ، ج٣ ص١٤٤ . ومعنى العجماء : ما لا ينطق من الحيوان ولا يعقل ، ومعنى جبار : هدر لا شيء فيه .

فيكون معنى القاعدة : أنّ الجناية الناتجة عن الحيوان ، لا ضمان فيها على صاحب الحيوان وإنما تكون هدراً ، إلا إذا كانت هذه الجناية منبعثه عن فعل صاحبها . ومثال ذلك: إذا كان راكب دابته فنفحت برجلها أحد الناس دون أن ينخسها فلا ضمان عليه ، أما إذا كان صاحبها قادراً على منعها من إتلاف شيء ولم يفعل فإنه يضمن . شرح القواعد الفقهية ، الزرقا، ص٤٥٧ .

[2] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٩٧.

[3] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٩٨.

[4] ابن شاس ، الشيخ الإمام العلامة شيخ المالكية جلال الدين أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس ، مصنف كتاب الجواهر الثمينة في فقه أهل المدينة، درس بمصر وكان مقبلا على الحديث مدمنا للتفقه فيه ، ذا ورع ، وتحر ، وإخلاص، وجهاد ،وبعد عوده من الحج لمتنع من الفتوى إلى حين وفاته ،وكان من بيت حشمة ، وإمرة ، حدث عنه الحافظ المنذري ووصفه بأكثر من هذا وقال : مات غازيا بثغر دمياط في جمادى الأخرة أو في رجب سنة ست عشرة وست مئة ، سير أعلام النبلاء ، ج٢٢ ص٩٨.

[5] كشف القناع عن تضمين الصنّاع ، ص٨٠.

قلت وهذا الكلام فيه نظر خاصة في زماننا ، إذ أنّ أرخص ما يمكن نقله هو الطعام والأدام ، وأما غيرها من المنقولات – الأشياء التي تنقل – ربما كانت أثمن منها بكثير وتسارع الناس إلى أخذها والسطو عليها أكثر .

أما إذا كان التلف حاصلاً من غير صنيع الحمّال ، أو المكاري ، أو الملاح :

أ – فإن كان من شخص آخر كأن يزاحمه أحد فيُتلف ما يحمله ، فإنّ الضمان على من زاحم .

ب – وإن كان من شيء خارج عن طاقته ،كأن تحدث عاصفة فتغرق السفينة فإنّه لا ضمان عليه [١].

وهل يجوز لحامل المتاع حبسه حتى يقبض أجره ؟

أجاز المالكية [٢]ذلك ، خلافاً للحنفية [٣]الذين لا يجيزون ذلك .

فإذا حبس الحمّالون والملاحون الأشياء التي حملوها لاستيفاء الأجرة ثمّ ضاعت ؟

ينظر : فإن كان ما حبسوه خلا الطعام والشراب ، فلا ضمان عليهم فيه إن ضاع ، إلا أن يغيبوا به – يُخفوه – ، ويحوزوه عن أصحابه فيكون بمنزلة الرهن ، ويكونون ضامنين لما في أيديهم، وأما ما لم يغيبوا عليه ولم يحوزوه فلا ضمان عليهم فيه . وأما الطعام والشراب فإنهم ضامنون له إلا أن تقوم بينة على التلف من غير فعلهم ، أو يكون أرباب الطعام معهم فلا ضمان عليهم [٤].

ومقدار الضمان : فإنّه يكون بحسب التالف فإن كان طعاماً فإنه يضمنه بقيمته في موضع التلف ، أما غير الطعام فيضمنه بقيمته يوم دفع إليه [٥].

ثالثاً : **الشافعية** [٦]:

ذهب الشافعية إلى القول بأنّ الحمّال لا يضمن ما هلك من المتاع ، إلا إذا تعدى ، أما إذا لم يتعدّ ولم يقصر فلا يضمن إذا كان رب المتاع معه ، أما إذا انفرد فعلى قولين .

قال الشافعي : " المكتري في ركوب الدابة إذا تعدى ضمن ، وإذا لم يتعدّ لم يضمن "[١].

---

[١] المدونة الكبرى، ج٣ ص٤٩٨.

[٢] الذخيرة ، ج٥ ص٤٤٠.

[٣] الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج٤ ص٨.

[٤] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٥٠٣.

[٥] حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٨ .

[٦] نهاية المحتاج ، ج٥ ص٣١٠ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٨ .

وقال الماوردي : " إذا استأجرحمّالاً لحمل متاع فهلك ، فإن ظهر من الحمّال تعدٍ بالمسير في مسلك مخوف ، أو زمان مخوف ، أو تقصير ، فإنه يضمن ، وإذا لم يظهر منه تعدٍ، ولا تقصير وكان معه المالك فلا يضمن ، وإن انفرد في المتاع فعلى قولين " [٢].

وكذلك الأمر بالنسبة للملاح ، فقد جاء في إعانة الطالبين : "إذا غرقت السفينة قبل وصولها وكان التسليم ، وكان غرقها بآفة سماوية ، أو شيء فوق القدرة ، فإنّ الملاح لا يضمن، وكذلك لا يأخذ أجرة " [٣].

رابعاً : الحنابلة [٤]:

ذهب الحنابلة إلى تضمين الحمّال والمكاري والملاح ما يتلف من المتاع ، سواء كان صاحب المتاع معه أم لا ، وخالف في ذلك القاضي [٥]، وقال : إذا كان رب المتاع معه فلا يضمن لأنّ يد صاحب المتاع لم تزل .

قال البهوتي : " ويضمن الحمّال ما تلف بزلقه أو عثرته وسقوطه عنه كيف كان ، ويضمن جمّال ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبل من شده " [٦].

وقال ابن قدامة : " ظاهر كلام الخرقي أنه يضمن سواء كان رب المتاع معه أم لا " [٧].

وقال ابن عقيل : " ما تلف بجناية الملاح بجذفه ، أو المكاري بشده المتاع ونحوه ، فهو مضمون عليه ، سواء كان صاحب المتاع راكباً معه أو لم يكن " [٨].

وقد علل ابن عقيل وجوب الضمان بثلاثة أمور :

١- أنّ وجوب الضمان عليه لجناية يده ، فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان.

٢ – لأنّ جناية الحمّال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه تعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما فلم يسقط ذلك الضمان .

---

[١] الأم ، ج٤ ص٣٧.

[٢] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٨.

[٣] إعانة الطالبين ،ج٣ ص تأكد.

[٤] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥١ . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٦٧ .

[٥] القاضي ، أبو يعلى محمد بن الحسن بن محمد بن الفراء الحنبلي ، شيخ الحنابلة ، وممهد مذهبهم في الفروع ، ولد سنة ثمانين وثلاثمائة ، كان من سادات العلماء الثقات وإماماً في الفقه ، انتهت إليه رياسة المذهب الحنبلي ، جمع الأمانة والصدق وحسن الخلق والتعبد ، توفي سنة ثمان وخمسين وأربعمائة . أبو الفداء ، إسماعيل بن عمر بن كثير ، البداية والنهاية ، ط ١٩٩٨ م ، دار الفكر : بيروت ، ج٨ ص٢٢٣ .

[٦] شرح منتهى الإرادات ، ج ٢ص٣٧٨.

[٧] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٤.

[٨] المرجع السابق .

٣ – لأنّ الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون [١].

وفرق القاضي بين تلف المتاع وسرقته بالضمان ، إذ أوجبه في التلف ونفاه في السرقة، وعلل ذلك أنّ التلف من جنايته ، بينما السرقة ليست من جنايته [٢].

وأما مقدار الضمان :

فإنّ صاحب المتاع مخير بين تضمين حامل المتاع قيمته في الموضع الذي سلمه إليه فيه ، ولا أجرة له ، وبين تضمينه في الموضع الذي أفسده فيه وله الأجر [٣].

وقال أبو الخطّاب : تلزمه قيمته في موضع تلفه ، وله أجرته إليه [٤].

الترجيح

بعد النظر إلى ما سبق من أقوال الفقهاء فإنني أرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية ورواية عن الشافعية والحنابلة بتضمين الحمّال والمكاري والملاح ما هلك من المتاع بتقصيره ، ولا عبرة لتخصيص المالكية الطعام دون غيره في الضمان .

---

[١] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٥٤.

[٢] المرجع السابق .

[٣] شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٧٨. كشف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٧ .

[٤] الفروع ، ج٤ ص٤٥٠ .

المبحث الأول

تضمين الأطباء ومن في حكمهم

سأبين في هذا البحث – إن شاء الله – حكم تضمين الطبيب ومن شابهه – كالحجام والبزّاغ والختان والفصاد [1]– ما جنت يده.

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية [2]، والمالكية [3]، والشافعية [4]، والحنابلة [5]، والظاهرية [6]، على عدم تضمين الأطباء ، ومن شابههم إذا عرف منهم حذق الصنعة ،ولم تجن أيديهم أو يتعدوا أو يفرطوا .

قال السمرقندي : " ولو استأجر البزّاغ والفصاد والختان ، فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات ، فلا ضمان عليهم ، لأنّ ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك " [7].

وقال ابن عابدين : " ولا يضمن الفصد ، ونحوه لأنه ينبني على قوة الطبع وضعفه ، ولا يعرف ذلك بنفسه ، ولا ما يتحمل من الحرج ، فلا يمكن تقييده بالسلامة ، فسقط الضمان بخلاف القصّار ، إذ أنّ بقوة الثوب ورقته يعلم ما يتحمله من الدق بالاجتهاد ، فأمكن تقييده بالسلامة فيه " [8].

وقال الدردير [9]:" الختان ، وقلع الضرس ، والطب لاضمان إلا بالتفريط " [10].

---

[1] فَصَدَ المريض : شق وريده وأخرج مقداراً من دمه بقصد التداوي ، والفصاد : الذي يمارس هذه المهنة . معجم لغة الفقهاء ، ص ٣١٥ . القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، ص٢٨٦ .

[2] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩٤ . المبسوط ، ج١٦ ص١١ . مجمع الضمانات ، ج١ ص١٤٥ .

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٩ . شرح الدردير ، ج٢ ص٢٥٨ .

[4] روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٠٠ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٧ .

[5] الفروع ، ج٤ ص٤٥١ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨ .

[6] المحلى ، ج٧ ص٢٨ .

[7] تحفة الفقهاء ، ج٢ ص٣٥٣ .

[8] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩١ .

[9] الدردير ، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي ، فاضل من فقهاء المالكية ، ولد في بني عدي بمصر ، وتعلم بالأزهر ، وتوفي في القاهرة سنة ١٢٠١ هـ . الأعلام ، ج١ ص٢٤٤.

[10] الشرح الكبير ، الدردير ،ج٢ ص٢٥٨ .

وقال النووي [١] : " الحجام والختان لا ضمان عليهما إذا لم يفرطا ، وكذا البيطار ، إذا بزغ الدابة ، فتلفت " [٢].

وأكد ذلك الخرقي بقوله : " ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم " [٣].

وقد اشترط الفقهاء لعدم تضمين الأطباء – ومن في حكمهم – ما يلي[٤] :-

أولاً : أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ، ولهم بصارة ومعرفة ، لأن الطبيب إذا لم يكن كذلك ، لا يحل له مباشرة القطع ، وإذا قطع كان فعلاً محرماً ، فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً .

ثانياً : أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع .

ثالثاً : أخذ الإذن من المريض أو وليه إذا كان صغيراً .

ومن أمثلة ذلك كأن يقوم طبيب بإجراء عملية لمريض ، فتفشل هذه العملية وتؤدي إلى إحداث ضرر على جسم المريض أو موته ، فينظر فإذا كان الطبيب مشهود له بالمعرفة في الطب ، ومعه شهادة في ذلك التخصص ، وكانت العملية في الموضع الذي كان يشكو منه المريض ، والمريض أذن للطبيب بإجراء العملية فلا شيء عليه ، أما إذا كان الطبيب جاهلاً ، أو متخصصاً في فرع آخر من فروع الطب ، أو تجاوز موضع المرض ، أو لم يأذن له المريض بإجراء العملية فإنه يضمن .

وقد علل الفقهاء عدم تضمين الأطباء ومن شابههم بما يلي :-

١- قياساً على الحد :

قال ابن مفلح : " ولا ضمان على حجام ، ولا ختان ،ولا طبيب ،ولا بيطار ،عرف

---

[١] الإمام النووي ، رحمه الله ، هو الشيخ يحيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الحزامي، الفقيه ، الحافظ ، الزاهد، أحد الأعلام ولد في العشر الأول من المحرم سنة إحدى وثلاثين وستمائة بنوى ، قرية من الشام من أعمال دمشق، ونشأ بها وقرأ القرآن ثم قدم دمشق ، وكان يقرأ في يوم وليلة اثني عشر درسا على شيوخه في عدة من العلوم حتى فاق على أقرانه وأهل زمانه ، وكان على جانب كبير من العمل والصبر ، ولم يتزوج وكان أمرا بالمعروف ناهيا عن المنكر، يواجه الملوك ، ذا وقار في البحث مع العلماء ، عظيم الشأن ، ولم يزل على ذلك إلى أن سافر إلى بلده فمرض عند أبويه وتوفي رحمه الله ليلة الأربعاء رابع عشر من شهر رجب سنة ست وسبعين وستمائة ودفن ببلده وقبره يزار هناك . طبقات الشافعية ، ج١ ص٢٦٨.

[٢] روضة الطالبين ، ج٤ ص٣٠٠ .

[٣] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨ .

[٤] نتاج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، ج٩ ص١٢٩ . اللباب في شرح الكتاب ، ج١ ص٩٤ . حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٨ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٧ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ٤٦٩ .

حذقهم ولم تجن أيديهم ، سواءً كان خاصاً أو مشتركاً ، لأن ما أذن فيه لا تضمن سرايته ، كحد وقود ، لأنه لا يمكن أن يقال : اقطع قطعاً لا يسري " [1].

أي أنّ الحنابلة قاسوا عمل الأطباء على إقامة الحد ، فكما أنّ القاطع لا يضمن سراية قطع يد السارق ، فكذلك الحال بالنسبة للأطباء لا يضمنون سراية علاجهم مرضاهم.

٢- حاجة الناس إلى العلاج :

قال البابرتي[2] : " ووجه عدم تضمين الحجام والفصاد إذا هلك المريض بالسراية مع عدم تجاوز الموضع لئلا يتقاعد الناس عن الفصد ، أو الحجامة ، مع مسيس الحاجة لها " [3].

٣- أنّ السراية لا يمكن التحرز منها وذلك لأنها تبنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم ، فلا يمكن التقيد بالمصلح من العمل ، بخلاف دق الثوب وغيره من الصنائع التي تعرف بالإجتهاد [4].

جاء في أسهل المدارك : " كالبيطار يطرح الدابة لكيها مثلاً فتموت ، وكالخاتن لصبي يموت عند ختنه ، والطبيب للمريض يموت تحت يده ، والحاجم يستأجر لقلع الضرس فلا ضمان على واحد من هؤلاء لا في ماله ولا على عاقلته " [5].

وجاء في مجمع الضمانات : " ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط ، إذ ليس في وسعهم ذلك " [6].

أما إذا كان الطبيب جاهلاً أو ليس من أهل المعرفة في أمور الطب ، فلا خلاف بين جمهور[7] الفقهاء في تضمينه ما جنت يده .

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده يرفعه قال :

---

[1] الفروع ، ج٤ ص٤٥١ .

[2] محمد بن محمد بن محمود ، البابرتي ، من كبار علماء الحنفية ، كان قوي النفس ، عظيم الهمة ، عفيفاً ، عرض عليه القضاء مراراً لكنه رفض ، ألف في الفقه والتفسير ، توفي في مصر سنة ٧٨٦ هجري . شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، ج٦ ص٢٩٣ . الأعلام ، ج٧ ص٤٢ .

[3] شرح العناية ، ج٩ ص١٢٨.

[4] الهداية شرح بداية المبتدئ ج٣ ص٢٧٥ . حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٨ . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٧٠ .

[5] أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج٢ ص٣٣٧ .

[6] مجمع الضمانات ، ج١ ص١٤٥ .

[7] مجمع الضمانات ، ج١ ص١٤٦ . الفواكه الدواني ، ص ١٢٧ . الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١١ . شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٧٧ .

" من تطبب – أي مارس مهنة الطب – ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن " [١].

قال الشوكاني : " فيه دليل على أنّ متعاطي الطب يضمن ما حصل من الجناية بسبب علاجه ، وأما من علم منه أنه طبيب فلا ضمان عليه ، وهو من يعرف العلة ودواءها وله مشايخ في هذه الصناعة ، شهدوا له بالحذق فيها وأجازوا له المباشرة " [٢] .

وفي أيامنا هذه يعادل قول الشوكاني – له مشايخ – ما يعرف بكليات الطب ، واجازة الأطباء لممارسة هذه المهنة تتم عبر وزارة الصحة .

وقال الدسوقي : " .....فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب ، وفي كون الدية على عاقلته أو في ماله قولان ، الأول – كون الدية على عاقلته – لابن القاسم ، والثاني – كون الدية في ماله – لمالك وهو الراجح ، لأن فعله عمد ، والعاقلة لا تحمل العمد " [٣].

وقال الأردبيلي : " ومن تطبب ، ولا يعلم الطب ، فتلف به شيء ضمن ، ويعرف ذلك بقول طبيبين عدلين غير عدوين له ، ولا خصمين " [٤].

وجاء في الإنصاف : " فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا لأنهم لا يحل لهم مباشرة القطع ، فإذا قطع فقد فعل محرماً فضمن لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " من تطبب بغير علم فهو ضامن " [٥] " [٦].

وكذلك فإن الطبيب الحاذق يضمن إذا تجاوز المكان المخصوص للعلاج – الموضع المعتاد – أو لم يؤذن له بالجراحة أو تعمد الجناية أو فرط .

قال السرخسي : " يشترط لعدم الضمان من قبل الحجام والفصاد الإذن بالجراحة ، وعدم التجاوز ، فإذا عدم أحدهما أو كلاهما وجب الضمان " [٧].

وجاء في اللباب : " إذا فصد أو بزغ من غير إذن ضمن مطلقاً " [٨].

وقال الدردير : " الختان ، وقلع الضرس ، والطب ، لا ضمان إلا بالتفريط " [٩].

---

[١] سبق تخريجه في ص٢١.

[٢] نيل الأوطار ، ج٥ ص ٣١٦.

[٣] حاشية الدسوقي ، ج٤ ص٢٨ .

[٤] الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١١.

[٥] سبق تخريجه في ص٢١.

[٦] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج٦ ص٧٠ .

[٧] المبسوط ،ج١٦ ص١١ .

[٨] اللباب في شرح الكتاب ،ج١ ص٩٤.

[٩] شرح الدردير ، ج٢ ص٢٥٨ .

وأكد ذلك الماوردي : " الحجام ، والختان ، إذا ظهرت منه جناية من عمد أو خطأ فهو ضامن " [١].

وقال ابن قدامة : " فأما إذا كان حاذقاً وجنت يده مثل أن يتجاوز القطع ، أو يقطع في غير المحل ، أو يقطع في آلة يكثر إيلامها ، أو يقطع في وقت لا يصلح فيه القطع ضمن، **لأنه** إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، فأشبه إتلاف المال ، **ولأنه** فعل محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً " [٢].

أما إذا أخطأ الطبيب الحاذق والمأذون له بالعلاج من غير قصد ولا تفريط فهل يضمن ؟ أم لا ؟

ذهب جمهور [٣]الفقهاء إلى القول : **أنه يضمن ما يتلف من خطئه .**

جاء في البزّازية : " والختان لو قطع الحشفة ، وبرئ المقطوع ، تجب عليه الدية كاملة، لأنّ الزائل هو الحشفة فهو عضو كامل فتجب دية كاملة " [٤].

ومن طرائف مذهب الحنفية أنهم يوجبون الدية كاملة على الختّان في حال شفاء المقطوع، بينما يوجبون نصف الدية في حال وفاته ،وتعليلهم في ذلك أنه إذا مات فالتلف حاصل بفعلين – قطع الجلدة وقطع الحشفة – وأحدهما مأذون فيه والآخر لا فينتصف الضمان ، أما إذا برئ فقطع الجلدة مأذون فيه ، فجعل كأنه لم يكن ، وقطع الحشفة غير مأذون فيه فوجب ضمان الحشفة كاملة وهو الدية [٥].

وقال ابن رشد : " أما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث – من قيمة الدية – ، وفي ماله فيما دون الثلث "[٦].

وجاء في أسهل المدارك : " فإن كان من أهل المعرفة ولكن أخطأ ، فخطؤه على العاقلة إن بلغت الجناية الثلث ، وإلا كانت في ماله ، كما لو لم يكن من أهل المعرفة ، وغرّ من نفسه

---

[١] الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٧ .

[٢] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨.

[٣] الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٧ . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج٢ ص٣٣٧ . الحاوي الكبير ، ج٧ ص٤٢٧ . تكملة المجموع ، ج١٥ ص٤٢٧ . شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ص٣٧٧ .

[٤] الفتاوي البزّازية ، ج٥ ص٩٠ .

[٥] مجمع الضمانات ، ج١ ص٤٦.

[٦] بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ص٢٧٩.

فإنّ عليه الدية في ماله ، والعقوبة من الإمام في بدنه " [١].

وقال المطيعي : " إذا أجرى الطبيب تخديراً للمريض دون أن يختبر حساسيته للبنج فمات المريض فإنه يضمن ، أو أعطاه إبرة بنسلين وجسمه لا يتحمل فإنه يضمن أو أجرى عملية وجسمه لا يتحملها فإنه يضمن " [٢].

وجاء في كشاف القناع : " وإن كان حاذقاً ، وأذن له بالعمل ، لكن جنت يده ولو خطأ ، مثل أن جاوز قطع الختان إلى الحشفة ، أو قطع في غير محل القطع ، أو في وقت لا يصلح القطع فيه ، وأشباه ذلك ، ضمن لأنّ الإتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ " [٣].

واختلف الفقهاء في قلع السن خطأ هل يضمن الحجّام ؟ أم لا ؟

ذهب الحنفية[٤]، والحنابلة [٥]إلى أنّ القول قول المريض ،ويضمن القالع أرش السن .

قال ابن عابدين : " ولو أمر حجّاماً ليقلع سنه ففعل ، فقال أمرتك أن تقلع غير هذا فالقول قوله ، والحجّام ضامن لأنّ الإذن يستفاد من جهته ، ولو أنكره كان القول قوله ، فكذلك إذا أنكر الإذن في السن " [٦].

وقال ابن قدامة : " فإن أخطأ فقلع غير ما أمر بقلعه ضمن لأنه من جنايته " [٧].

وذهب المالكية [٨] إلى القول : أن لا شيء على الحجام لأنّ المقلوع ضرسه يعلم ما يقلع منه ، وللحجام أجره كاملاً ، إلا أن يصدق الحجّام على ما قاله فلا أجر له ، وعليه القصاص في العمد والعقل في الخطأ .

---

[١] اسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك ، ج٢ ص٣٣٧.

[٢] تكملة المجموع ، ج١٥ ص٣٥٥ .

[٣] كشاف القناع عن متن الإقناع ، ج٤ ص٣٥.

[٤] البفتاوي البزّازية ، ج٥ ص٩٠ . الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٧ .

[٥] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٧٦.

[٦] رد المحتار على الدر المختار ، ج٩ ص٩٨ .

[٧] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٧٦.

[٨] حاشية الخرشي ، ج٧ ص٢٩ . المدونة الكبرى ، ج٣ ص٤٦٢ . الذخيرة ، ج٥ ص٤٤٨ .

الترجيح

في هذه المسألة أميل إلى ترجيح القول الأول – أنّ القول قول المريض – ذلك أنّ المريض غالباً ما يكون تحت تأثير البنج ولا يعلم بأي أسنانه يعمل الطبيب فإذا أخطأ الطبيب فإنه يضمن .

والله أعلم

المبحث الثاني

تضمين الأئمة والمؤدبين والمعلمين

المطلب الأول

ثبوت ولاية التأديب

بداية لا بد من توضيح مسألة مهمة ، ينبني عليها حكم التضمين فيما يتعلق بالأئمة والمعلمين ، ألا وهي ، من تثبت له ولاية التأديب ، ذلك أنّ ثبوت هذه الولاية ينفي الضمان عن صاحبها ، لأنه يمارس حقاً له .

وتثبت ولاية التأديب لكل من [١]:

أولاً : الإمام ونوابه ، كالقاضي ، إذ لهم حق في تأديب كل من ارتكب محظوراً دون الحد[٢] .

ثانياً : الولي ، بالولاية الخاصة ، كالأب والجد والوصي من قبل القاضي [٣].

ثالثاً : للمعلم على التلميذ بإذن الولي [٤].

رابعاً : للزوج على زوجته فيما يتعلق بالحقوق الزوجية [٥]، وأما ما يتعلق في حق الله ففيه خلاف .

---

[١] الموسوعة الفقهية ، ج١٠ ص٢١.

[٢] البحر الرائق ، ج٥ ص٤٤ . التاج والإكليل ، ج٦ ص٣١٩ . مواهب الجليل ، ج٢ ص٤٧٢ . المهذب، ج٣ص٣٧٣. ابن بلبان ، محمد بن بدر الدين ، أخصر المختصرات ، ط١ ، ١٤١٦ هـ ، دار البشائر الإسلامية : بيروت ، ج١ ص٢٥١ . المغني والشرح الكبير ، ج١٢ ص٤٦٩ .

[٣] البحر الرائق ، ج٧ ص٣٠٩. مواهب الجليل ، ج١ ص٤١٤ ،إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٣ . الفروع ، ج٤ ص٤٥٢.

[٤] المبسوط ، ج١٦ ص١٣ . الشرح الكبير، الدردير ،ج٤ ص٣٥٤. مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٦ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨ .

[٥] المغني والشرح الكبير ، ج٩ ص٧٤٢. الشرح الكبير ، للدردير،ج٤ ص٣٥٤.

خامساً : هناك رأي انفرد فيه الحنفية [1]، إذ قالوا : أنه يقيم التأديب كل مسلم في حـــال مباشرة المعصية ، لأنه من باب إزالة المنكر ، والشارع ولى كل مسلم ذلك ، لقوله عليه السلام: " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده" [2] .

أرى أنّ هذا القول ، إذا حمل على إطلاقه يؤدي إلى إحداث فتنة بين الناس ، ومدخـــل للتجني عليهم ، خاصة إذا أخذ كل إنسان يغير المنكر بيده ، والأصل أنّ التغـير بـــاليد منـوط بالإمام أو من يقوم مقامه .

وأما كيفية التأديب :

فيكون التأديب بالوعيد ، والتعنيف بالقول ، وفرك الأذن ، والضرب [3].

ومثال ذلك ، إذا اقترف صبياً عملاً سيئاً الأفضل بداية أنّ يتوعده بالعقاب ، كأن يقـــول له: إذا كذبت مرة أخرى فلن أعطيك مالاً ، أو إذا رفعت صوتـــك علـــى أمـــك مـــرة أخـــرى فسأضربك ، وهكذا .

وبعد ذلك التعنيف بالقول ، كأن يقول : عيب عليك أن تفعل كذا ، أو يقول : هذا فعـــل من لا يستحي ، وهكذا .

ثم يلجأ بعد ذلك إلى التأديب بفرك الأذن ، إذ أنّ هذا الأمر يؤدي إلى إحراج المؤدَب فربما لا يكرر الفعل مرة أخرى .

وأخيراً إذا لم ينفع أي شيء مما مر في ردعه قد يضطر للضرب ولكن بالشـــروط [4] التي سأبينها لاحقا إن شاء الله .

---

[1] رد المحتار على الدر المختار ، موجود قبل السرقةج٤ ، ص٦٥.هذا الرقم من الكمبيوتر

[2] الحديث يرويه مسلم في صحيحه عن أبي بكر بن أبي شيبة ونصه " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يســتطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان "صحيح مسلم ، كتاب الإيمان ، حديث رقم ٧٨ ، ج١ ص٧٥.

[3] الموسوعة الفقهية ، ج١٠ ص٢٢. المقصود بالتأديب هنا ، تأديب الغلمان ولا يشمل تأديب التعزير على جرائم لا حـــد فيها ولا قصاص لأن التعزير يشمل الحبس ، والجلد ، والنفي ، والتغريم بالمال وغيره مما يراه الإمام أو القاضي .

[4] انظر ص١٣٦ .

المطلب الثاني

تضمين الأئمة والمؤدبين

ذهب الحنفية [١]، والمالكية[٢]، والحنابلة [٣]إلى القول بأنّ الإمام لا يضمن الهلاك من التأديب المعتاد ، وذلك لأنه مأمور بالحد والتعزير ، وفعل المأمور لا يتقيد بسلامة العافية .

جاء في الفتاوي الخانية : " الإمام إذا ضرب رجلاً تعزيراً أو حداً فمات لا يضمن "[٤].

وقال القرافي : " ولا يضمن الحاكم شيئاً مع أنه المباشر ، والشاهد متسبب غير أنّ المصلحة العامّة اقتضت عدم تضمين الحكام ما أخطأوا فيه لأنّ الضمان لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات ، وتردد الخصومات ، لزهد الأخيار في الولايات ، واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعد الحكام " [٥].

وجاء في الفروع : " وإن ضرب سلطان رعيته قدر العادة ، أو معلم صبياً، أو والد ولده، أو زوج امرأته لم يضمن في المنصوص " [٦].

وخالف في ذلك الشافعية [٧]وقالوا : إنّ ضمان التأديب واجب وإن لم يخالف القدر المعتاد في مثله ، فإن كان مما يقتل غالباً ففيه القصاص على غير الأب والجد ، وإلا فدية شبه العمد على العاقلة ، لأنه فعل مشروط بسلامة العافية ، إذ المقصود التأديب لا الهلاك ، فإذا حصل به الهلاك تبين أنه جاوز القدر المشروع فيه ، ولا فرق عندهم بين الإمام وغيره ممن أوتوا سلطة التأديب ، كالزوج والولي .

وبمفهوم المخالفة[٨] ، يفهم من عبارات جمهور الفقهاء سالفة الذكر ، أنّ التأديب إذا

---

[١] الفتاوي الخانية ،ج٢ ص٣٣٧ .

[٢].الفواكه الدواني ، ج٢ ص١٩١. الفروق ،ج٢ ص٣٤٠.

[٣] الفروع ، ج٤ ص٤٥٢.

[٤] الفتاوي الخانية ،ج٢ ص٣٣٧.

[٥] الفروق ،ج٢ ص٣٤٠.

[٦] الفروع ، ج٤ ص٤٥٢.

[٧] البجيرمي ، سليمان بن عمر بن محمد ،حاشية البجيرمي ، ط- ،-١٩ م، المكتبة الإسلامية : ديار بكر - تركيا ، ج٣ ص١٨٢. الشرواني ، عبد الحميد ، حواشي الشرواني ، ط- ، -١٩ م ، دار الفكر : بيروت ، ج١ ص٤٥٠ .

[٨] المقصود بمفهوم المخالفة : دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق لغير المنطوق لانتفاء قيد معتبر في الشريعة . الدريني ، أ . د فتحي ، المناهج الأصولية في الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي ، الشركة المتحدة للتوزيع : دمشق ، ط٢ ، ١٩٨٥م ، ص٤٠٣ .

جاوز القدر المعتاد من الضرب وحدث به هلاك أو تلف فإنه يضمن .

وأما الأب والجد والوصيّ ، فقد ذهب أبو حنيفة [1] إلى تضمين الولي والوصي الهلاك ، أو التلف الحاصل من التأديب ، ذلك أنّ الأب والوصي مأذون لهما بالتأديب وليس الإتلاف ، ومعنى حدوث إتلاف أنه تجاوز الحد ، وكذلك يمكن التأديب بغير الضرب كالزجر وفرك الأذن.

قال الكاساني : " إنّ التأديب اسم لفعل يبقي المؤدَب حياً بعده ، فإذا سرى تبين أنه قتل وليس تأديباً ، وهما غير مأذون لهما في القتل " [2].

وذهب الصاحبان إلى القول : بعدم تضمين الولي والوصي التلف الحاصل من التأديب، لأنّ الأب والوصي مأذونان في تأديب الصبي وتهذيبه ، والمتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضموناً ، كما لو عزر الإمام إنساناً فمات [3].

جاء في الفتاوي الخانية : " الأب إذا ضرب ابنه فمات يضمن كل الدية في قول أبي حنيفة ، سواء ضربه ضرباً معتاداً أو غير معتاد ، وعند الصاحبين لا يضمن في المعتاد ، وأما الوصي إذا ضرب اليتيم يضمن في قول أبي حنيفة وهو كالأب وعند الصاحبين لا يضمن " [4].

وذهب المالكية [5]، والحنابلة [6] إلى القول أن لا ضمان على الولي من التلف الحاصل من التأديب المعتاد خلافاً للشافعية [7] الذين يقولون : إذا ضرب الولي الحر للتأديب فمات ، ضمن ، لأنه يمكن التأديب بغير الضرب .

الترجيح

والذي أرجحه في هذه المسألة ، ما ذهب إليه الصاحبان ، والمالكية ، والحنابلة أنه لا ضمان على الإمام والأب والوصي في التلف الحاصل من التأديب المعتاد .

والله أعلم

---

[1] بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٨٢.

[2] المرجع السابق .

[3] بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٨٢.

[4] الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٧.

[5] الفروق ،ج٢ ص٣٤٠ .

[6] الفروع ، ج٤ ص٤٥٢.

[7] إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٣ . الأنوار لأعمال الأبرار ، ج١ ص٦١١ . حاشية الشرقاوي ، ج٢ ص٨٩ .

المطلب الثالث

تضمين المعلمين

ذهب الحنفية[1] ، والمالكية [2]، والحنابلة[3] إلى القول بعدم تضمين المعلم ما حصل من هلاك أو تلف ، نتيجة ضربه للمتعلم شرط أن يأذن له الولي بذلك ، وأن لا يتجاوز الضرب المعتاد .

جاء في البحر الرائق : " والمعلم والأستاذ ليس لهما ضرب الصغير ، إلا بإذن الأب ، أو الوصي ، فإن مات لا ضمان عليهما إذا كان بإذن وإلا ضمنا " [4].

وقال الكاساني : " ولو ضربه المعلم أو الأستاذ فمات ، إذا كان الضرب بغير أمر الأب أو الوصي يضمن لأنه متعد بالضرب ، والمتولد منه يكون مضموناً عليه ، وإن كان بإذن لا يضمن للضرورة ، لأنّ المعلم إذا علم أنه يلزمه الضمان بالسراية وليس في وسعه التحرز منها يمتنع عن التعليم ، وبالناس حاجة إلى ذلك ، فسقط اعتبار السراية في حقه للضرورة "[5] .

قلت : كلام الكاساني مبالغ فيه ، إذ يمكن التعليم بغير الضرب فيمكن للمعلم التحرز عنه.

جاء في التاج والإكليل : " التأديب يكون بالوعيد والتقريع لا بالشتم ، فإن لم يفد القول انتقل إلى الضرب بالسوط من واحد إلى ثلاث ، ضرب إيلام فقط دون تأثير في العضو " [6].

جاء في الفروع : " وإن ضرب سلطان رعيته قدر العادة ، أو معلم صبياً ، أو والد ولده، أو زوج زوجته لم يضمن في المنصوص " [7].

وقال ابن قدامة : " وللمعلم ضرب الصبيان على التأديب ، وعندما سئل أحمد عن ضرب الصبيان قال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب ، وإذا كان صغيراً لا يعقل فلا

---

[1] المبسوط ، ج١٦ ص١٣ . بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٨٣ .
[2] المدونة الكبرى ، ج٣ ص٥٠٣.
[3] الفروع ، ج٤ ص٤٥٢.
[4] البحر الرائق ، ج٧ ص٣٠٩ .
[5] بدائع الصنائع ، ج٦ ص٣٨٣.
[6] التاج والإكليل ، ج١ ص٤١٢.
[7] الفروع ، ج٤ ص٤٥٢.

يضربه ، ومن ضرب هؤلاء كلهم الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف " [١].

وبالنظر إلى أقوال الفقهاء سالفة الذكر يتضح أنهم يقيدون حق المعلم في ضرب المتعلم بعدة قيود ، وتعتبر هذه القيود الشروط التي يجب توفرها لنفي الضمان عن المعلم وهي :

١ – أن يستخدم التعنيف بالقول أولاً .

٢ – أن يكون الضرب معتاداً للتعليم – كماً وكيفاً ومحلاً – لا يؤذي ولا يترك أثراً .وأن لا يتجاوز الثلاثة أسواط ، قال أشهب – في مؤدب الصبيان – : " إن زاد على ثلاثة أسواط اقتص منه " [٢].

٣ – أن يكون الضرب بإذن الولي .

٤ – أن يكون الصبي يعقل التأديب .

وخالف الشافعية [٣]إذ قالوا : بوجوب الضمان على المعلم ، وإن لم يتجاوز الضرب المعتاد .

قال الشيرازي : " إن استؤجر على تأديب غلام فضربه ، فمات ، ضمنه لأنه يمكن التأديب بغير الضرب ، فإذا عدل إلى الضرب كان تفريط منه فلزمه الضمان " [٤].

وقال الدمياطي : " إذا مات المتعلم من ضرب المعلم فإنه يضمن ٠٠٠ لأنّ التأديب كان ممكناً بالقول " [٥].

وقد رد ابن قدامة على الشافعية – بقولهم : يمكن التأديب بغير الضرب – بقوله : "لا يصح فإنّ العادة خلافه ، ولو أمكن التأديب بدون الضرب لما جاز الضرب إذ فيه ضرر وإيلام مستغنى عنه " [٦].

قلت : لقد رد ابن قدامة قول الشافعية بناء على العرف في زمانه ، ونحن في أيامنا هذه نميل إلى قول الشافعية ذلك أن العرف في زماننا يرفض بشدة الضرب .

أما إذا لم يؤذن للمعلم بالضرب أو أذن له لكنه أسرف في الضرب فلا خلاف بين

---

[١] المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨.

[٢] التاج والإكليل ، ج ٦ص٣١٩.

[٣] روضة الطالبين ،ج٤ ص٣٠٠. إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٣ . مغني المحتاج ، ج٢ ص٤٧٦ .

[٤] المهذب ، ج٢ ص٢٦٧ .

[٥] إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٣.

[٦]المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨.

الفقهاء [1] بوجوب الضمان عليه لأنه يعتبر متعدياً .

وجاء في الفتاوي الخانية : " المعلم إذا ضرب صبياً ، أو الأستاذ المحترف إذا ضرب تلميذاً فمات ، فإذا ضربه بأمر أبيه أو وصيه ضرباً معتاداً في الموضع المعتاد لا يضمن ، وإن ضربه ضرباً غير معتاد ضمن ، وإن ضربه بغير أمر أبيه أو وصيه فمات يضمن كل الدية ، سواء ضرب ضرباً معتاداً أو غير معتاد " [2].

وقال ابن قدامة : " ومن أسرف في الضرب ، أو زاد على ما يحصل الغنى به ، أو ضرب من لا عقل له من الصبيان ، فعليه الضمان لأنه متعد حصل التلف بعدوانه" [3] .

الترجيح

لا بد للمعلم أن يبذل كل ما في وسعه من أجل تعليم الطلاب وتنشئتهم وتأديبهم لأنهم أمانة في عنقه ويكون ذلك بالتوجيه السديد والقول اللين ، فإذا عجز عن تأديبهم بذلك لجأ إلى التعنيف بالقول والوعيد والاتصال بذويهم ، فإذا أذنوا بضربهم ، فإنني أميل إلى رأي الجمهور – عدم ضمان المعلم التلف الحاصل إذا كان الضرب بإذن الولي – مع الأخذ بعين الاعتبار أن يكون الضرب ضمن الشروط السالفة .

---

(1) المبسوط ، ج١٦ ص ١٣ . الفتاوي البزازية ، ج٥ ص٩٠ . المهذب ، ج٢ ص٢٦٧ . إعانة الطالبين ، ج٣ ص٢٠٣ . الفروع ، ج٤ ص٤٥٢ . المغني والشرح الكبير ، ج٧ ص٤٦٨ .

(2) الفتاوي الخانية ، ج٢ ص٣٣٧.

(3) المغني والشرح الكبير ،ج٧ ص٤٦٨.

الخاتمــــــة

بعد أنّ منّ علي الله عزَ وعلا بإتمام إعداد هذه الرسالة ، أرى أنه من الضروري أن ألخص المباحث التي أسلفت في تفصيلها في نتائج مختصرة محددة كما يلي :

١ – الضمان : لغة : يأتي بمعنى الكفالة ،والالتزام ، والتغريم . واصطلاحاً : الالتزام بتعويض الغير عمّا لحقه من تلف أو ضياع في ماله ، أو منافعه بمثله أو بقيمته .

٢ – مشروعية الضمان ثابتة بالقرآن الكريم ، والسنة النبوية ، والإجماع .

٣ – أسباب الضمان ثلاثة : العقد ، ووضع اليد ، والإتلاف مباشرة أو تسبباً .

٤ – الأمور التي تغير صفة اليد من الأمانة إلى الضمان هي :

أ . الإتلاف والإفساد والتعدي .

ب. الهلاك .

ج . مخالفة ما تعاقدا عليه .

د . ترك الحفظ .

هـ . الانفراد باليد .

٥ – الأجير الخاص : هو الذي يعمل لشخص واحد بعينه ، أو لمجموعة باعتباره واحد – كشركة – في مدة معلومة محدودة ، لا يتقبل خلالها عمل لغيره .

٦– الأجير المشترك : هو من يتم التعاقد معه على عمل معين دون منعه من القيام بنفس العمل أو غيره للآخرين في نفس المدة ، وهو الذي يطلق عليه الفقهاء لفظ الصانع .

٧– الأجير الخاص لا يضمن ما هلك في يده أو فعله ، إلا إذا تعمد الإفساد أو فرط.

٨– لا خلاف بين الفقهاء في تضمين الصانع ما هلك في يده بالتعدي ، وإنّما الخلاف في تضمين الصانع ما هلك في يده بغير تعدٍ ، والراجح أنه يضمن ذلك .

٩– أجير الصانع لا يضمن ما يتلف ، لأنّ فعله مضاف للصانع .

١٠– يجب الضمان على الصانع في الحالات التالية :

أ . إذا خالف في صفة المصنوع أو لونه ، ولكن إذا اختلف الصانع مع رب المتاع في صفة المصنوع أو لونه ، ولم يكن لواحد منهما بينة يحكم بموجبها فالرأي الراجح أنهما يتحالفان.

ب. إذا خالف في القدر المتفق عليه مع المالك ،وكذلك إذا خالف في وقت التسليم.

جـ . إذا هلكت العين قبل الصنع بتقصير من الصانع ، أما إذا هلكت بشيء خارج عن الطاقة ، فإنه لا يضمنها .

د. إذا هلكت العين أثناء الصنع ، وكذلك إذا هلكت بعد الفراغ من الصنع .

١١- يجوز للصانع حبس المصنوع لإستيفاء أجرته ، ولكن إذا ضاع أو تلف أثناء حبسه فإنه يضمنه .

١٢- يد مستأجر وسيلة النقل على وسيلة النقل المستأجرة يد أمانة فلا يضمنها إذا هلكت في يده بغير تعد ولا تفريط .ولكنه إذا تعدى فإنه يضمنها كما في الحالات التالية :

أ . إذا خالف إلى أكثر من وزن الشروط ،أو مثل وزنه ولكن بحجم أكبر أو أصغر.

ب. إذا خالف في جنس المحمول بما يضر الدابة .

١٣- يضمن الحمّال ، والمكاري ، والملاح ما هلك من المتاع بتقصيره .

١٤- لا يضمن الأطباء التلف الحاصل نتيجة العلاج إذا عرف منهم حذق الصنعة ، ولم تجن أيديهم ، أو يتعدوا أو يفرطوا ، وأذن لهم المريض بعلاجه ، فإذا لم يتوفر شرط من هذه الشروط فإنهم يضمنوا .

١٥- لا ضمان على الإمام ، والأب ، والوصي في التأديب المعتاد ، إذا حدث منه تلف أو هلاك ، أما إذا تجاوز القدر المعتاد ، فإنه يضمن ذلك .

١٦- كذلك لا ضمان على المعلم فيما حصل من هلاك ، أو تلف نتيجة ضربه للمتعلم ، شرط أن يأذن له الولي بذلك ، وأن لا يتجاوز الضرب المعتاد ، مع أنّ الأولى أنّ على المعلم أن يجتهد قدر الإمكان أن لا يضرب أحداً .

التوصيات

وفي ختام هذا البحث أضع بعض التوصيات التي أرجو الله عز وجل أن يوفق أصحاب الشأن للأخذ بها :

١- أوصي المسلمين بشكل عام وحكام المسلمين بشكل خاص بضرورة تحكيم شرع الله بين الناس ، وحل النزاعات التي تقع بينهمّ وفق أحكام الفقه الإسلامي وذلك مصداقاً لقوله تعالى :﴿ **فإن تنازعتم في شيءٍ فردوه إلى الله والرسول** ﴾ [١] .

٢- أوصي نقابات العمال والمحاكم التي تفصل في النزاعات المتعلقة بالصنّاع مع المالكين ، بالاسترشاد بالأحكام الشرعية آنفة الذكر لإحقاق الحق ، وعدم الركون إلى الأحكام الوضعية التي غالباً ما تغيب عنها العدالة .

٣- أوصي الصنّاع بضرورة وضع مخافة الله بين أعينهم ، واليقين التام بأنّ الرزق بيد الله ، وأن لا يأخذوا من الأعمال ما لا يستطيعون إنجازها ، وليضعوا بين أعينهم قول النبي صلى الله عليه وسلم : " إنّ الله يحب إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه " [٢].

٤- بعدما كثرت الأخطاء الطبية في فلسطين والتي كان نتيجتها موت الكثير من المرضى أو التسبب بالإعاقات الدائمة لهم ، في ظل غياب السلطة التي تحاسب أو تعاقب على ذلك ، فإنني أوصي بضرورة استشعار رقابة الله عليهم ، فإن نجوا من عقاب الدنيا فلن ينجو من عذاب الآخرة ، لذلك عليهم أن لا يقامروا بحياة الناس أو أن يعتبروا الأجساد التي يعالجونها حقول تجارب لعمليات لا يتقنون إجرائها .

---

[١] سورة النساء آية ٥٩.

[٢] علي بن أبي بكر الهيثمي ، مجمع الزوائد ، ط ١٤٠٧ هجرية ، دار الريان للتراث : القاهرة ، ج٤ ص٩٨.

المسارد العامة

(١) مسرد الآيات القرآنية .

(٢) مسرد الأحاديث النبوية الشريفة .

(٣) مسرد آثار الصحابة والتابعين .

(٤) مسرد الأعلام .

(٥) مسرد المصادر والمراجع .

مسرد الآيات

الآية	رقمها	السورة	رقم الصفحة
يا أيها الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	٢٩	النساء	٦، ٥٨
وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا......	٣٠	النساء	٧ ،
فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ...	١٩٤	البقرة	٧
وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ.....	١٢٦	النحل	٧
وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا	٤٠	الشورى	٧
وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ......	٧٢	يوسف	٨
إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ....	٥٨	النساء	٨
فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ	١٩٣	البقرة	٣٩، ٧٣
بَلْ اللَّهَ فَاعْبُدْ وَكُنْ مِنْ الشَّاكِرِينَ	٦٦	الزمر	٤

مسرد الأحاديث النبوية الشريفة

مسرد الآثار

الرقم	مطلع الأثر	رقم الصفحة
١.	عن علي كان يضمن الصبّاغ والصوّاغ	٦٦
٢.	عن الشعبي قال : كان علي يضمن الأجير	٤٤
٣.	يروى أن علي – رضي الله عنه – ضمن الغسّال والصوّاغ ، وقال : لايصلح الناس إلا ذلك	٦٣
٤.	ويروى عن عمر – رضي الله عنه – تضمين بعض الصنّاع .	٦٩
٥.	عن عطاء أنه قال : لاضمان على صانع ولا أجير .	٤٥ ، ٦٦
٦.	عن الشعبي قال : يضمن الصانع ما أعنت بيده ولا يضمن ما سوى ذلك .	٧٠
٧.	عن الشعبي قال :ليس على أجير مشاهرة ضمان	٤٥
٨.	– عن علي ﷺ كان يضمن الأجراء	٤٥
٩.	كان يضمن الصبّاغ والصوّاغ	٤٥
١٠.	ما روي عن إبراهيم النخعي قال : لا يضمن الصائغ ولا القصّار ، أو قال : الخياط وأشباهه	٧٠
١١.	ما روي عن محمد بن سيرين: أنه كان لا يضمن الأجير إلا ما ضيّع .	٧٠
١٢.	ما روي عن الشعبي قال : يضمن الصانع ما أعنت بيده ولا يضمن ما سوى	٧٠
١٣.	قال ابن سيرين : أفضل من نزل البصرة من الصحابة ، عمران وأبو بكرة	٥٠

مسرد الأعلام

١. **أحمد بن غنيم** ،فقيه مالكي،نسبته إلى بلدة نفرى بمصر ،نشأ وتفقه في القاهرة ومات فيها سنة ١١٢٦. **الأعلام**،ج١ ص ١٩٢.

٢. **الأردبيلي** ، يوسف بن إبراهيم ، فقيه شافعي من أهل أردبيل ، من بلاد أذربيجان ، صاحب كتاب الأنوار في الفقه ذكره العثماني في طبقاته فيمن هو باق إلى سنة خمس وسبعين وقال كبير القدر غزير العلم أناف على السبعين جمع كتابا في الفقه سماه الأنوار مجلدان لطيفان عظيم النفع اختصر به الروضة وغيرها وجعله خلاصة المذهب . **طبقات الشافعية** ، ج٣ ص١٣٨. **الأعلام** ، ج٨ ص٢١٢ .

٣. **أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي** ، فقيه الديار المصرية في عصره ، من أصحاب الإمام مالك ، قال عنه الشافعي : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه ،وسئل سحنون أيهما أفقه ، ابن القاسم أم أشهب ؟ فقال : كانا كفرسي رهان ، توفي في مصر سنة ٢٠٤ هجري .

الديباج المذهب ، ج١ ص٩٨ . **طبقات الفقهاء** ، ج١ ص٥٥ .

٤. **أنس بن مالك** ، أبو حمزة الأنصاري الخزرجي – رضي الله عنه – خادم النبي صلى الله عليه وسلم حيث بقي في خدمته عشرة أعوام ، وهو أحد الرواة المكثرين ، بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم خرج في الفتوح ، ثم سكن البصرة وكان آخر الصحابة وفاةً فيها سنة ٩١ هجري .

الإصابة في تمييز الصحابة ، ج١ ص٢٧٥ .

٥. **البابرتي ،محمد بن محمد بن محمود**.، من كبار علماء الحنفية ، كان قوي النفس ، عظيم الهمة ، عفيفاً ، عرض عليه القضاء مراراً لكنه رفض ، ألف في الفقه والتفسير ، توفي في مصر سنة ٧٨٦ هجري .**شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، ج٦ ص٢٩٣ . **الأعلام** ، ج٧ ص٤٢ .

٦. **الصحابي الجليل البراء بن عازب** ، الأنصاري ، الأوسي ، يكنى بأبي عمارة –رضي الله عنه – استصغره النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر فرده هو وابن عمر ، وبعد ذلك غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم أربع عشرة غزوة ، وشهد مع علي _رضي الله عنه _

الجمل وصفين ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث توفي سنة ٧٢ هجري .
الإصابة في تمييز الصحابة ، ج١ ص٤١١ .

٧. **البصري،الحسن بن يسار** ، تابعي، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه،عظمت هيبته في النفوس،فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم،كتب له عمر بن عبد العزيز لما ولي الخلافة: إني ابتليت بهذا الأمر فانظر لي أعواناً يعينوني عليه، فأجابه الحسن : أما أبناء الدنيا فلا تريدهم ، وأما أبناء الآخرة فلا يريدونك ، توفي سنة ١١٠ هجري .
الأعلام ، ج٢ ص٢٦٦ .

٨. **ابن الجوزي** ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، علامة عصره في التاريخ والحديث ، مولده ووفاته في بغداد ، ونسبته إلى " شرعة الجوز " ، له تصانيف كثيرة في مختلف العلوم تزيد على ثلاث مائة مصنف ، توفي سنة ٥٩٧ . **الأعلام** ج٣ ص٣١٦.

٩. **الحموي** :هو احمد بن محمد ، فقيه من علماء الحنفية ، كان مدرساً بالمدرسة السليمانية في القاهرة ، وتولى إفتاء الحنفية في مصر ، صنف كتباً كثيرةً ، توفي سنة ١٠٩٨هجري .
الأعلام ، ج١ص٢٣٩.

١٠. **الخرشي ، محمد بن عبد الله المالكي** ، أول من تولى مشيخة الأزهر ، نسبته إلى قرية يقال لها أبو خراش في مصر ، لذلك ينعته البعض بالخراشي ، كان فقيهاً من أعلام المالكية في زمانه ، فاضلاً ورعاً ، أقام وتوفي في القاهرة ، سنة١١٠١ هجري .
الأعلام ، ج٦ ص٢٤٠ .

١١. **الخرقي ،عمر بن الحسين بن عبدالله بن احمد أبو القاسم** ، من أشهر فقهاء الحنابلة ،له المصنفات الكثيرة في المذهب،لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه ، لأنه خرج عن مدينة السلام لما ظهر سب الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ، وأودع كتبه في دار سليمان فاحترقت الدار التي كانت فيها الكتب، والخرقي بكسر الخاء المعجمعة وفتح الراء المهملة آخره قاف نسبة إلى بيع الخرق كذا ذكره السمعاني والخرقي بفتح الخاء والراء نسبة إلى خرق قرية كبيرة تقارب مرو ١٢وتوفي سنة ٣٣٤هجري ودفن بدمشق.
طبقات الحنابلة ، ج٢ ص٧٥.

١٢. **الدردير** ، أبو البركات أحمد بن محمد العدوي ، فاضل من فقهاء المالكية ، ولد في بني عدي بمصر ، وتعلم بالأزهر ، وتوفي في القاهرة سنة ١٢٠١ هـ .
الأعلام ، ج١ ص٢٤٤.

١٣. **الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي مولاهم** ، أبو محمد المصري المؤذن صاحب الشافعي وخادمه وراوية كتبه الجديدة قال الشيخ أبو إسحاق وهو الذي يروي كتب الشافعي قال الشافعي الربيع راويتي قال الذهبي كان الربيع أعرف من المزني بالحديث وكان المزني اعرف بالفقه منه بكثير حتى كأن هذا لا يعرف إلا الحديث وهذا لا يعرف إلا الفقه ولد سنة ثلاث أو أربع وسبعين ومائة وتوفي في شوال سنة سبعة ومائتين وقد قال الشافعي فيه : أنه أحفظ أصحابي .

طبقات الشافعية ، ج٢ ص٦٦ .

١٤. **ابن رجب** ، **أبو الفرج عبد الرحمن** ، حافظ ، من علماء الحنابلة ، ولد في بغداد ، ونشأ ومات في دمشق سنة ٧٩٥ هجري.

الأعلام ، ج٣ ص٢٩٥ .

١٥. **ابن رشد (الحفيد)** :هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، فيلسوف عصره ، من أئمة أعلام الفقه المالكي ، ولد سنة٥٢٠هجري ، برع في كثير من العلوم ، وصنف كتباً كثيرة ، توفي سنة ٦٠٤ . الأعلام ،ج٥ ص٣١٨ .

١٦. **الزركشي ،محمد بن بهادر** ، من علماء الشافعية ، برع في الفقه والأصول ، تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة ، توفي سنة ٧٩٤ .

الأعلام ،ج٦ ص٦٠.

١٧. **السبكي** ، **علي بن عبد الكافي** ، شيخ الإسلام في عصره ، وأحد الحفاظ المفسرين المناظرين ، وهو والد التاج السبكي – صاحب الطبقات – ، نسبته إلى سبك قرية في مصر، انتقل إلى الشام وولي القضاء فيها ، ومرض وعاد إلى القاهرة ، وتوفي فيها سنة ٧٥٦ هجري.

الأعلام ، ج٤ ص٣٠٢.

١٨. **السرخسي** ، أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل ، قاض من كبار علماء الحنفية ، مجتهد ، نسبته إلى سرخس في خراسان ، أشهر مؤلفاته المبسوط ، الذي أملاه وهو سجين في الجب، وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ، وبقي في سجنه حتى توفي سنة ٤٨٣ هجري .

الأعلام ،ج٥ ص٣١٥ .

١٩. **أبو سعيد ، يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري** –رضي الله عنه – ، مات سنة ثلاث وأربعين ومائة وكان قاضيا لأبي جعفر ، وقال حماد بن زيد : قدم علينا أيوب مرة من المدينة فقلت يا أبا بكر من تركت فقال ما تركت أفقه من يحي بن سعيد .

طبقات الفقهاء ،ج١ ص ٥١ .

٢٠. **السمرقندي**، محمد بن أحمد ، علاء الدين ، من كبار فقهاء الحنفية ، أقام في حلب ، واشتهر بكتابه تحفة الفقهاء ، الذي يعد من المراجع الرئيسة في المذهب الحنفي ، توفي سنة ٥٤٠ هجري .

الأعلام ، ج٥ ص٢٩٨.

٢١. **السيوطي** ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، إمام ، حافظ ، مفسر ، مؤرخ ، له نحو ٦٠٠ مصنف ، نشأ يتيماً ، ولما بلغ الأربعين اعتزل الناس ، وأخذ يؤلف الكتب حتى توفي سنة ٩١١ هجري . **الأعلام** ، ج٣ ص٣٠١ .

٢٢. **الشاشي القفال ، محمد بن أحمد بن الحسين أبو بكر** ،ولد بميافارقين وتفقه على قاضيها أبي منصور الطوسي ، ثم رحل إلى بغداد وتفقه على الشيرازي ولازمه ، وكان مهيبا وقورا متواضعا ورعا وكان يلقب في حداثته بالجنيد لشدة ورعه وانتهت إليه رئاسة المذهب بعد شيخه ودرس بنظامية بغداد سنة ونصفا ، توفي سنة ٥٠٧ هجري . **طبقات الشافعية** ، ج٢ ص٢٩٠ .

٢٣. **الشاطبي** ،هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي ، أصولي ، حافظ ، من أئمة فقهاء المالكية ، مات سنة ٧٩٠ هجري .

الأعلام ، ج١ ص٧٥.

٢٤. **الشوكاني** ، محمد بن علي ، فقيه ، مجتهد ، من كبار فقهاء اليمن ، ولد بهجرة شوكان ، نشأ بصنعاء وولي القضاء بها ، ومات حاكماً لها ، وكان يرى حرمة التقليد . توفي سنة ١٢٥٠ هجري .

الأعلام ، ج٦ ص٢٩٨.

٢٥. **الشيرازي** ، إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله ،شيخ الإسلام علما وعملا وورعا وزهدا وتصنيفا واشتغالا وتلامذة ولد بفيروزآباد، قرية من قرى شيراز ونشأ بها ثم رحل إلى شيراز ثم إلى بغداد وتفقه بها حتى اشتهر وأخذ طلاب العلم يأتونه من كل مكان وبنيت له النظامية ودرس بها إلى حين وفاته سنة ٤٧٦ هجري .

طبقات الشافعية ، ج٢ ص٢٣٨ .

٢٦. **طاووس بن كيسان** ، اليماني ، أحد الأعلام علماً وعملاً ، أخذ عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، قال عمرو بن دينار : ما رأيت أحداً قط مثل طاووس ، ولما ولي عمر بن عبد العزيز كتب له طاووس ، إن أردت أن يكون عملك كله خير استعمل أهل الخير ، توفي حاجاً في مكة سنة ١٠٦ هجري .

شذرات الذهب ، ج١ ص١٣٣.**طبقات الفقهاء** ،ج١ ص ٥١ .

٢٧. **الطبري** ، الحبر البحر الإمام أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ، صاحب التفسير والتاريخ والمؤلفات الكثيرة ، كان مجتهداً لا يقلد أحداً ، وكان ذا زهد وقناعة ، توفي في بغداد سنة ٣١٠ هجري .

شذرات الذهب ، ج٢ ص٢٦٠

٢٨. **الشهير بابن عابدين** ، محمد أمين بن عمر ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره ، مولده ووفاته في دمشق توفي سنة ١٢٥٢ هجري .

الأعلام ، ج٦ ص٤٢ .

٢٩. **عامر بن شراحيل بن عبد** ، **أبو عمرو** ، نسبته إلى شعب وهو بطن من همذان ، راوية من التابعين يضرب المثل بحفظه ، روي أن ابن عمر مر به وهو يحدث بالمغازي فقال شهدت القوم وأنه أعلم بها مني وقال الزهري العلماء أربعة : سعيد بن المسيب بالمدينة ، وعامر الشعبي بالكوفة ، والحسن البصري بالبصرة ومكحول بالشام، توفي سنة ١٠٤ هجري .

طبقات الفقهاء ،ج١ ص٨٢ . **الأعلام** ،ج٣ ص٢٥١ .

٣٠. **عطاء بن أبي رباح** ، من أكابر فقهاء التابعين ، ولد في اليمن في منطقة تدعى جند ، وكان عبداً أسوداً ثم رحل إلى مكة المكرمة ونشأ فيها وتفقه فيها حتى أصبح مفتي أهلها ومحدثهم حتى توفي فيها سنة١١٤ هجري .

الأعلام ، ج٤ ص٢٣٥ . **سير أعلام النبلاء** ،ج٥ ص٧٩ .

٣١. **ابن عقيل** ، الإمام العلامة البحر شيخ الحنابلة ، أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل الحنبلي المتكلم صاحب التصانيف تفقه على القاضي أبا يعلى بن الفراء وكان يتوقد ذكاء وكان بحر معارف وكنز فضائل لم يكن له في زمانه ، وقال ابن عقيل عصمني الله في شبابي بأنواع من العصمة وقصر محبتي على العلم وما خالطت لعابا قط ولا عاشرت إلا أمثالي من طلبة العلم ، وقال ابن الجوزي أيضا فيه هو فريد فنه وإمام عصره كان حسن

الصورة ظاهر المحاسن ، قال ابن الأثير : اشتغل بمذهب المعتزلة فيحداثة سنه ثـم تـاب ورجع عن ذلك ، توفي سنة ٥١٣ هجرية .

سير أعلام النبلاء ، ج١٩ص٤٤٧.

٣٢. **عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي** – رضي الله عنه – ، كان إسلامه عـام خيبر ، غزا عدة غزوات مع النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان صاحب راية خزاعة يـوم فتح مكة ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث ، قال ابن سيرين : أفضل من نزل البصرة من الصحابة ، عمران وأبو بكرة ، توفي سنة ٥٢ هجرية.

الإصابة في تميز الصحابة ، ج٤ ص٥٨٥ .

٣٣. **العيني** ، محمود بن أحمد بن موسى ، علامة ، محدث ، مؤرخ ، من كبار فقهاء الحنفية، نسبته إلى عينتاب ، قرية بجوار حلب ، رحل إلى مصر ، ودمشق ، والقدس ، شغل عـدة وظائف ، ثم انصرف عنها وعكف على التدريس والتصنيف إلى أن توفي سنة ٥٨٨ .

الأعلام ، ج٧ ص١٦٣ .

٣٤. **محمد بن محمد بن محمد الإمام حجة الإسلام أبو حامد الطوسي الغزالي** ،أصولـي ، فقيه ، فيلسوف ، متصوف ،ولد بطوس وتفقه بها ثم رحل إلى نظامية بغداد فدرس بها مـدة ثم رجع إلى دمشق وأقام بها عشر سنين وصنف فيها كتبا يقال إن الإحياء منها ثم سار إلـى القدس والإسكندرية ثم عاد إلى وطنه بطوس مقبلا على التصنيف والعبادة ونشر العلم توفي سنة ٥٠٥ هجري.

طبقات الشافعية ، ج٢ ص٢٩٤ .

٣٥. **قتادة بن دعامة الدوسي** ، مفسر حافظ ، كان أعمى أكمه ، قال عنه أحمد بن حنبـل : قتادة أعلم أهل البصرة ، وسئل الزهري أيهما أعلم قتادة أم مكحول ، قال : قتـادة أعلـم ، توفي ١١٨ هجري.

طبقات الفقهاء ،ج١ ص٩٤ . الأعلام ،ج.

٣٦. **القرافي** ، هو أبو العباس أحمد بن إدريس ، هو الإمام العلامة وحيد دهره وفريد عصره أحد الأعلام المشهورين كان إماما بارعا في الفقه والأصول والعلوم العقليـة ولـه معرفـة بالتفسير أخذ كثيرا من علومه عن الشيخ الإمام العلامة الملقب بسلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام الشافعي.

الديباج المذهب ،ج١ ص٦١ .

٣٧. **القرطبي** ، محمد بن أحمد بن أبي بكر ، من كبار المفسرين و أحد أئمة المالكية ، رحل من الأندلس إلى الشرق ، وأقام في شمال أسيوط بمصر إلى أن توفي هناك سنة ٦١٧ هجري .

الأعلام ، ج٥ ص ٣١٠ .

٣٨. **الكاساني** ، هو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، نسبته إلى كاسان مدينة في أول بلاد تركستان ، أصولي ، من أكابر فقهاء الحنفية ، لقب بملك العلماء ، وكتابه " البدائع " كان مهر زوجته فاطمة بنت الفقيه الحنفي الكبير السمرقندي .

الأعلام ، ج٢ ص٧٠. **معجم المؤلفين** ،ج٣ص٧٥ .

٣٩. **ابن كثير** ، الإمام الحافظ الحجة ، المحدث ، المفسر ، المؤرخ ، الثقة ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير ، ولد سنة٧٠١ هجري ،في قرية مجدل من أعمال بصرى ،له مصنفات كثيرة في التفسير ، والحديث ، والسيرة ، والتاريخ ، توفي سنة٧٧٤ هجري.

الأعلام ، ج١ ص٣٢٠ .

٤٠. **محمد بن مفلح بن محمد** ، **أبو عبد الله** ، المقدسي ، الراميني ، من علماء فلسطين ، أعلم أهل عصره بمذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ولد ونشأ في بيت المقدس ، ورحل إلى دمشق وتوفي فيها سنة ٧٦٣ هجري .

الأعلام . ج٧ ص١٠٧ .

٤١. **المرداوي** ، علي بن سليمان بن أحمد ، فقيه حنبلي ، من علماء فلسطين ، ولد في قرية مردا قرب نابلس ، وانتقل إلى دمشق وتوفي فيها سنة ٨٨٥ هجري .

الأعلام ، ج٤ ص٢٩٢ .

٤٢. **المرغيناني** ،علي بن أبي بكر ، من أكابر فقهاء الحنفية ، نسبته إلى ميرغينان ، من نواحي فرغانة ، كان حافظاً ، مفسراً،محققاً، أديباً ، مجتهداً ، يعتبر كتابه الذكور من الكتب الرئيسة في المذهب الحنفي توفي سنة ٥٩٣ .

الأعلام ،ج٤ ص٢٦٦ .

٤٣. **المزني** ، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق أبو إبراهيم ، المصري الفقيه الإمام صاحب التصانيف أخذ عن الشافعي وكان يقول :أنا خلق من أخلاق الشافعي ذكره الشيخ أبو إسحاق أول أصحاب الشافعي وقال كان زاهدا عالما مجتهدا مناظرا محجاجا غواصا على المعاني الدقيقة صنف كتبا كثيرة قال الشافعي المزني ناصر مذهبي ولد سنة

خمس وسبعين ومائة وتوفي سنة أربع وستين ومائتين .
طبقات الشافعية ، ج٢ ص٥٨ .

٤٤. **المطيعي** ،هو محمد نجيبْ إبراهيم ، من أكبر فقهاء الشافعية في العصر الحديث ، مصري المولد والنشأة والمقام ، انتهت إليه رئاسة الإفتاء في زمنه ، وهو واحدٌ ممن أصابهم الابتلاء والعذاب في سجون الناصرية ، وهو في شيخوخته ، توفي عن عمر يناهز الثمانين عاماً سنة ١٩٨٦ م . المصدر : **الشيخ يوسف السركجي**- سجن جنيد ١٩٩٩م .

٤٥. **النخعي** ،أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة رضي الله عنه ، من أفقه التابعين ،قال الشعبي حين بلغه موت إبراهيم أهلك الرجل قيل نعم قال لو قلت أنعي العلم ما خلف بعده مثله نشأ في أهل بيت فقه فأخذ فقهم ثم جالسنا فأخذ صفو حديثنا إلى فقه أهل بيته فمن كان مثله توفي سنة ٩٥ هجري . **طبقات الفقهاء** ، ج١ ص٨٣ .

٤٦. **الهيتمي** ، أحمد بن حجر ،فقيه شافعي ، ولد في مصر ، ونسبته إلى محلة أبي الهيتم ، من إقليم الغربية بمصر ، تلقى علومه في الأزهر ، ثم انتقل إلى مكة ومات فيها سنة ٩٧٤ هجري . **الأعلام** ، ج١ ص٢٤٣ .

مسرد المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : من كتب اللغة العربية :

١. أنيس ، إبراهيم وزملاؤه ، **المعجم الوسيط** ، ٢مج ،ط٢ ، (ب،ن) ، -١٩ م.

٢. الأزهري ، أبو منصور محمد بن أحمد ، **تهذيب اللغة** ،١٧مج، ط- ، الدار المصرية للتأليف والترجمة : مصر ، -١٩ م.

٣. البستاني ، الشيخ عبد الله ، **فاكهة البستان** ، ط - ، المطبعة الأميركانية : بيروت،لبنان، ١٩٣٠م.

٤. الجرجاني ، علي بن محمد ، **كتاب التعريفات** ، ط١ ، دار الكتاب العربي : بيروت ، لبنان، ١٤٠٥ هجري.

٥. الجوهري ،إسماعيل ب حماد ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ، ط٢،دار العلم للملايين : بيروت، لبنان ، ١٩٧٩م.

٦. أبو جيب ، سعدي ، **القاموس الفقهي لغةً واصطلاحاً** ، ط٢ ، دار الفكر : دمشق، سوريا ،١٩٨٨م.

٧. أبو الحسين ، أحمد بن فارس بن زكريا ، **معجم مقاييس اللغة** ،١٢مج ، ط١ ، دار إحياء الكتب العربية : القاهرة ، مصر ، ١٣٦٨هجري.

٨. الزبيدي ، محمد مرتضى ، **تاج العروس من جواهر القاموس** ،١٠مج ، ط- ، دار مكتبة الحياة :بيروت، لبنان-١٩ م .

٩. الزمخشري ،أبو القاسم محمود بن عمر ، **أساس البلاغة** ، ط - ، دار صادر : بيروت ، ١٩٦٥م .

١٠. الفيروزأبادي ، محمد بن يعقوب ، **القاموس المحيط** ، ٤مج ، ط٣ ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، لبنان ،١٩٩٣م .

١١. قلعه جي ، محمد رواس ، **معجم لغة الفقهاء** ، ط١ ، دار النفائس : بيروت ، لبنان ،١٩٩٦ م .

١٢. المناوي ، محمد عبد الرؤوف ، **التوقيف على مهمات التعاريف** ، ط١ ، دار الفكر : بيروت ، لبنان ،١٤١٠ هـ .

١٣. ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي ،**لسان العرب** ، ١٥مج ، ط١ ،دار صادر: بيروت ، لبنان ، ١٩٩٠م.

ثالثاً : من كتب التفسير وعلومه :

١٤. ابن الجوزي ، عبد الرحمن بن علي بن محمد ، **زاد المسير في علم التفسير** ، ٩مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان، ١٩٩٤.

١٥. الطبري ، محمد بن جرير ، **جامع البيان عن تأويل آي القرآن** ، ١٥مج ،ط- ، دار الفكر : بيروت ،لبنان، ١٩٨٨م.

١٦. القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري ، **الجامع لأحكام القرآن** ، ٢٠مج ،ط١ ، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩م.

١٧. ابن كثير ، إسماعيل بن عمر بن كثير ، **تفسير القرآن العظيم** ، ٤مج ، ط٣ ، دار المعرفة : بيروت ، لبنان ، ١٩٨٩م.

رابعاً : من كتب الحديث وعلومه :

١٨. الأصبحي ،الإمام مالك بن أنس ، **موطأ مالك** ، ط- ، -١٩ م ، (ب، ن) .

١٩. الألباني ، ناصر الدين ، **صحيح سنن ابن ماجة** ، ط١ ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع : بيروت ، لبنان،١٩٩٧م.

٢٠. الألباني ، ناصر الدين ، **صحيح الجامع الصغير وزيادة** ، ٢ مج ، ط٣ ، المكتب الإسلامي : بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨م .

٢١. الألباني ، ناصر الدين ،**ضعيف سنن ابن ماجة** ،ط١ ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع : بيروت ،لبنان، ١٩٩٧م.

٢٢. البخاري ، الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل ، **صحيح البخاري** ، ٥ مج ،

٢٣. ط ١،دار الفكر :بيروت ،١٩٩٤ م.

٢٤. البيهقي ، احمد بن الحسين بن علي ، **سنن البيهقي الكبرى** ، ٥مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية :بيروت ، لبنان ،١٩٩٤م.

٢٥. الترمذي ، محمد بن عيسى ،**سنن الترمذي** ،٥مج ، ط- ،دار إحياء التراث العربي : بيروت ، لبنان ، -١٩ م.

٢٦. ابن الجوزي ،أبو الفرج عبد الرحمن بن علي ، **التحقيق في أحاديث الخـلاف** ، ٢ مـج ،ط١، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان،١٤١٥ هجري.

٢٧. الحاكم ،أبو عبد الله النيسابوري ،**المستدرك على الصحيحين** ،٦ مج ، ط١ ، دار المعرفة : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩ م.

٢٨. ابن حجر ، احمد بن علي العسقلاني ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، ١٤مـج ، ط – ،دار الفكر :بيروت ، لبنان ،١٩٩٣م.

٢٩. ابن حجر ، **تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير** ،٢مج ، ط –،(ب ،ن) المدينـة المنورة ،السعودية ، ١٩٦٤م.

٣٠. ابن حنبل ، الإمام أحمد ، **مسند الإمام احمد بن حنبـل**،٩ مـج ، ط – ، دار الفكـر : بيروت ، لبنان ، –١٩ م.

٣١. الدارقطني ،أبو الحسن علي بن عمر ، **سنن الدارقطني** ، ٢ مـج ، ط –، دار المعرفـة :بيروت ، لبنان ، ١٩٦٦ م.

٣٢. الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن ، **سنن الدارمي** ، ٢ مج ، ط١ ،دار الكتاب العربي :بيروت ، لبنان ، ١٤٠٧ هجري.

٣٣. أبو داود ،سليمان بن الأشعث السجستاني ،**سنن أبي داود** ، ٢ مج ، ط – ، دار الفكـر :بيروت ،لبنان ، –١٩م.

٣٤. الزيلعي ، جمال الدين عبد الله بن يوسف ، **نصب الراية لأحاديث الهداية** ، ٤ مـج ،ط ، دار الحديث : مصر ، ١٣٥٧هجري.

٣٥. الشوكاني ، محمد بن علي ، **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار** ، ٤ مـج، ط١، دار الكتب العلمية :بيروت ، لبنان ،١٩٩٥ م.

٣٦. الكناني ،أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل، **مصباح الزجاجة** ، ٤ مج ، ط٢ ، دار العربيـة : بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣ هجري.

٣٧. مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، **صحيح مسـلم** ،٥ مـج ،ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ١٩٩٨م.

٣٨. النسائي ،أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ،**سنن النسائي** ، ط١ ، دار ابن حزم:بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩م .

خامساً : من كتب الفقه :

أ – من كتب الفقه الحنفي :

٣٩. البابرتي ، مجمد بن محمود ، **شرح العناية على الهداية** ،٩ مج،ط – ، دار الفكر : بيروت ،–١٩ م .

٤٠. باز ،سليم رستم ، **شرح مجلة الأحكام** ،ط٣ ،دار إحياء التراث : بيروت،لبنان، ١٩٨٦م.

٤١. البزاز ، محمد بن محمد بن شهاب الدين ، **الفتاوي البزازية**،٥مج ، ط ٣ ، المطبعة الأميرية : بولاق : مصر ، ١٩٧٣ م.

٤٢. البغدادي ،أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي ،**مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** ،٢مج ، ط١ ، دار السلام : مصر، ١٩٩٩ م .

٤٣. السرخسي ، أبو بكر محمد بن احمد بن سهل ، **المبسوط** ، ١٥ مج ، ط ١ ، دار المعرفة : بيروت ،لبنان ، ١٩٨٩ م.

٤٤. السغدي ، علي بن الحسين ، **النتف في الفتاوي** ،٢ مج ، ط٢ ، مؤسسة الرسالة : بيروت ،لبنان ، ١٤٠٤ هجري.

٤٥. السمرقندي ، محمد بن أحمد ، **تحفة الفقهاء** ، ٣ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ،١٤٠٥ م.

٤٦. ابن عابدين ، محمد أمين ، **رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**،٦ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ،لبنان ، ١٩٩٤ م.

٤٧. العيني ، محمود بن أحمد ، **البناية في شرح الهداية** ،٨ مج ، ط٢، دار الفكر: بيروت ، لبنان ، ١٩٩٠ م.

٤٨. الغنيمي ، عبد الغني ، **اللباب في شرح الكتاب** ، ط – ، المكتبة العلمية: بيروت، لبنان ،١٩٨٠ م .

٤٩. الفرغاني ، حسن بن منصور ، **الفتاوي الخانية** ، ٥ **مج** ، ط– ، المطبعة الأميرية : بولاق : مصر ،١٩٧٣ م.

٥٠. قاضي زاده ، أحمد بن قودر ، **نتاج الأفكار في كشف الرموز والأسرار** ، دار الفكر : بيروت .

٥١. الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ٦ مج ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ م.

٥٢. مجموعة من علماء الهند بأمر الحاكم محي الدين محمد أورنـك ، **الفتـاوي الهنديـة** ، ٥مج ، ط٣ ، المطبعة الأميرية : مصر ، ١٩٧٣ م.

٥٣. المر غيناني ، أبو الحسن علي بن أبي بكر ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، ٢ مـج ، ط١، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٠ م.

٥٤. المرغيناني ، علي بن أبي بكر ، **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة** ، ط١، مطبعة محمد علي صبيح : القاهرة ، مصر ،١٣٥٥هجري.

٥٥. ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ٨ مـج، ط - ، دار المعرفة : بيروت ، لبنان ، -١٩ م.

ب – من كتب الفقه المالكي :

٥٦. الأصبحي ،الإمام مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، ٨ مج ، ط١ ، دار الكتب العلميـة : بيروت ،لبنان ، ١٩٩٤م.

٥٧. الثعلبي ، عبد الوهاب بن علي ، **كتاب التلقين في الفقه المالكي** ، ٢ مج ،ط١، المكتبـة التجارية : مكة ، السعودية ، ١٤١٥ هجري.

٥٨. ابن جزي ، محمد بن أحمد ، **القوانين الفقهية** ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنـان ، -١٩م .

٥٩. الجعلي ، عثمان بن حسين ، **سراج السالك شرح أسهل المسالك** ، ط- ، البابي الحلبي: مصر ، -١٩م .

٦٠. الخرشي ،محمد بن عبد الله بن علي ، **حاشية الخرشي على مختصـر سـيدي خليـل** ، ٧ مج ، ط- ،دار صادر : بيروت ، لبنان ،-١٩ م.

٦١. الدردير ،أبو البركات أحمد بن محمد ، **الشرح الكبير** ، ٢مج ، ط- ،دار الفكر: بيروت ، لبنان ،-١٩ م.

٦٢. الدسوقي ، محمد بن عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، ٤ مج ، ط- ، البابي الحلبي : مصر ، -١٩ م .

٦٣. ابن رحّال ، أبو علي الحسن ، **كشف القناع عن تضمين الصنّـاع** ، ط١، دار البشـائر الإسلامية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦ م.

٦٤. ابن رشد ، محمد بن أحمد ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصـد** ، ٢مـج ، ط٢ ، مكتبـة الإيمان : المنصورة ، مصر ، ١٩٩٧م.

٦٥. الصاوي ، أحمد ، **بلغة السالك لأقرب المسالك** ،٢ مج ، ط١ ، دار الفكر : بـــيروت ، لبنان ،١٩٩٥ م .

٦٦. العبدري ، محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، **التاج والإكليل**، ٦ مج ، ط٢ ، دار الفكـــر : بيروت ، لبنان ،١٣٩٨ هجري.

٦٧. العك ، خالد عبد الرحمن ، **موسوعة الفقه المالكي** ،٦ مج ، ط١، دار الحكمة : دمشـــق ،سوريا ، ١٩٩٣م .

٦٨. القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي ، **الفروق أو أنوار البروق في أنـــواء الفروق** ، ٤ مج ، ط١ ،دار الكتب العلمية :بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨ م.

٦٩. القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي ، **الذخيرة** ، ١٥ مج ، ط١، دار الغرب الإسلامي : بيروت ، لبنان ،١٩٩٤م .

٧٠. الكشناوي ،أبو بكر بن حسن ، **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمـــة مالك** ، ٢ مج ، ط٢ ، عيسى البابي الحلبي : مصر ،-١٩ م .

٧١. المالكي ، أبو الحسن ، **كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني** ،٢ مـــج، ط- ، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، ١٤١٢ هجري.

٧٢. المغربي ، محمد بن عبد الرحمن،كتاب **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**،٦مج ، ط٢، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، ١٣٩٨ هجري.

٧٣. المكي ، محمد علي بن حسين، **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، ٤ مج ، ط١ ، ١٩٩٨م ، دار الكتب العلمية : بيروت .

٧٤. النفراوي ، أحمد بن غنيم ، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، ٢ مج ، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، -١٩ .

جـ - من كتب الفقه الشافعي :

٧٥. الأردبيلي ، يوسف ، **الأنوار لأعمال الأبرار** ، ط- ، مطبعة المدني : القاهرة ، مصـــر ، ١٩٦٩م .

٧٦. البجيرمي ، سليمان بن عمر بن محمد ،**حاشية البجـــيرمي** ، ٤ مـــج ، ط- ، المكتبـــة الإسلامية : ديار بكر - تركيا،-١٩ م.

٧٧. البيجوري ، الشيخ إبراهيم ، **حاشية البيجوري** ، ٢مـــج ، ط١ ، دار الكتـــب العلميـــة : بيروت ، لبنان ،١٩٩٤م .

٧٨. **الحاشية المسمى بـالكمثرى** ،٢ مـج ، ط١ ، مطبعـة المدنـي : القـاهرة ، مصر،١٩٩٦م .

٧٩. الحسيني ، أبو بكر بن محمد ، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار** ، ط١، دار الخير : بيروت ،١٩٩١ م.

٨٠. الدمياطي ، عثمان ابن محمد ، **إعانة الطالبين** ، ٤ مج ، ط ١ ، دار الكتب العلميـة : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥ م .

٨١. الرافعي ، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد ، **العزيز شرح الوجيـز المعـروف بالشـرح الكبير** ، ١١ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧م.

٨٢. الشاشي ، محمد بن أحمد ، **حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء** ، ٣ مـج، ط١ ، مكتبة الرسالة : عمان ، الأردن ، ١٩٨٨م.

٨٣. الشافعي ،الإمام محمد بن إدريس ، **الأم** ، ٥ مج ، ط٢، دار المعرفة : بيروت ، لبنـان ، ١٩٧٣ م .

٨٤. الشافعي الصغير ، محمد بن احمد الرملي ، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ٥ مج ، ط - ، البابي الحلبي : مصر ، ١٩٦٧م .

٨٥. الشربيني ، محمد الخطيب ، **الإقناع في حل ألفاظ أبـي شـجاع** ، ط- ، دار الفكـر : بيروت ، لبنان ،-١٩ م.

٨٦. الشربيني ، محمد الخطيب ، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، ٤ مـج ، ط -، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥م.

٨٧. الشرقاوي ، عبد الله بن حجازي ، **حاشية الشرقاوي على شرح التحرير** ، ٢ مـج ، ط ، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، -١٩ م .

٨٨. الشرواني ، عبد الحميد ، حواشي الشرواني ، ١٠ مج ، ط- ، دار الفكـر : بـيروت ، لبنان ، -١٩ م.

٨٩. الشيرازي ، أبو إسحق إبراهيم بن علي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، ٣ مـج ، ط١، دار الكتاب العلمية :بيروت، لبنان ، ١٩٩٥م .

٩٠. القليوبي ،أحمد بن أحمد بن سلامة ، و عميرة ،أحمد البرسلي ،**حاشيتا قيلوبي وعميرة**، ٤ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ م.

٩١. الكهوجي ،عبد الله بن الشيخ حسن ،**زاد المحتاج بشرح المنهاج**، ط١،الشـؤون الدينيـة بدولة قطر : قطر ،١٩٨٢م.

٩٢. الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد ، **الحاوي الكبير** ، ١٠ مج ،ط١، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٤م.
٩٣. المزني ، إسماعيل بن يحيى ، **مختصر المزني** ، مطبوع بحاشية الأم ، ط٢، دار المعرفة: بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣ م .
٩٤. المطيعي ، محمد نجيب ، **تكملة المجموع شرح المهذب** ، ١٥ مج ، ط- ، مكتبة المطيعي : مصر ، -١٩ م.
٩٥. النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف ، **روضة الطالبين** ، ١٢ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان،١٩٩٢ م.
٩٦. الهيتمي ، أحمد بن حجر ، **فتح الجواد بشرح الإرشاد** ، ط٢، البابي الحلبي : مصر ، ١٩٧١م.

د – من كتب الفقه الحنبلي :

٩٧. البهوتي ، منصور بن يونس ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، ٦ مج ، ط -، ، دار الكتب العلمية :بيروت ، لبنان ،١٩٨٣ م.
٩٨. البهوتي ، منصور بن يونس ، **شرح منتهى الإرادات** ، ٢ مج ، ط- ، دار الفكر : بيروت ، لبنان ، -١٩ م .
٩٩. الخرقي ، أبو القاسم عمر بن الحسين ،**مختصر الخرقي** ، ط٣ ، المكتب الإسلامي : بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣هجرية.
١٠٠. الدمشقي ،محمد بن بدر الدين ابن بلبان ،أخصر المختصرات ، ط١ ، دار البشائر الإسلامية : بيروت ، لبنان ،١٤١٦ هجري.
١٠١. الفتوحي ، محمد بن أحمد ، **منتهى الإرادات في جمع المقنع** ،ط- ، عالم الكتب : بيروت ، لبنان ،-١٩ م.
١٠٢. ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبد الله ، **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، ٤ مج ، ط١ ،المكتب الإسلامي : دمشق ، سوريا ، -١٩ م.
١٠٣. ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد بن عبد الله بن أحمد ، **المغني والشرح الكبير** ، ١٦مج ، ط١ ، عالم الكتب : بيروت ، لبنان ،١٩٩٦ م .

١٠٤. المرداوي ، أبو الحسن علي بن سليمان ، **تصحيح الفروع** ، ٦ مج ، ط- ، عالم الكتب: بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥ م.

١٠٥. المرداوي ، علي بن سليمان ، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** ، ١٠مج ، ط١، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧ م.

١٠٦. ابن مفلح ، أبو عبد الله محمد ، **كتاب الفروع** ، ٦ مج ، ط٤ ، عالم الكتب : بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥ م.

هـ - من كتب الفقه الظاهري :

١٠٧. ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى بالآثار** ، ١١ مج ، ط٢،دار الكتب العلمية : بيروت ،لبنان ، -١٩ م.

سادساً : من كتب الأصول :

١٠٨. الإسنوي ، عبد الرحيم بن الحسن ، **نهاية السول في شرح منهاج الأصول** ، ٥ مج ، ط- ، عالم الكتب : بيروت ، لبنان ، ١٩٨٢م .

١٠٩. الآمدي ، أبو الحسن علي بن محمد ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ٤ مج ، ط ١، دار الكتاب العربي : بيروت ، لبنان ، ١٤٠٤ هجري .

١١٠. البخاري ، عبد العزيز بن أحمد ، **كشف الأسرار عن أصول البزدوي** ، ط٣، دار الكتاب العربي : بيروت ، لبنان ،١٩٩٧ م .

١١١. البغا ، مصطفى ذيب ، **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي** ، ط٣،دار القلم : دمشق ، سوريا ، ١٩٩٩م.

١١٢. البوطي : د. محمد سعيد رمضان ،**ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية** ، ط٦، مؤسسة الرسالة : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٢ م.

١١٣. الجويني ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، **البرهان في أصول الفقه** ، ٥مج، ط٤، دار الوفاء : المنصورة ، مصر ، ١٤١٨ هجري.

١١٤. الجويني ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، **الورقات** ، ط- ،(ب ، ن) ، -١٩م .

١١٥. الحنبلي ، علي بن عباس البعلي ، **القواعد والفوائد الأصولية** ، ط -، مطبعة السنة المحمدية : القاهرة ، مصر ، ١٩٥٦ م.
١١٦. الخن ، د. مصطفى ، **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء**، ط٧ ، مؤسسة الرسالة: بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨ م.
١١٧. الدريني ، فتحي ، **المناهج الأصولية في الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي** ط٢ ، الشركة المتحدة للتوزيع : دمشق،سوريا ، ١٩٨٥م .
١١٨. الرازي ،فخر الدين محمد بن عمر ، **المحصول في علم أصول الفقه** ، ٥مج، ط٢، الرسالة : بيروت ،لبنان ،١٩٩٢م.
١١٩. الزحيلي ، وهبة ، **أصول الفقه** ، ٢ مج ، ط١ ، دار الفكر : دمشق ، ١٩٨٦م.
١٢٠. زيدان ، عبد الكريم ، **الوجيز في أصول الفقه** ، ٢مج ، ط -، دار التوزيع الإسلامية : القاهرة ، مصر ، ١٩٩٣ م.
١٢١. سانو ، قطب مصطفى ، **معجم مصطلحات أصول الفقه** ، ط١، دار الفكر :دمشق ، سوريا ، ٢٠٠٠ م.
١٢٢. السبكي ، علي بن عبد الكافي ، **الإبهاج في شرح المنهاج** ، ٢ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ،١٤٠٤ هجري.
١٢٣. السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد ، **أصول السرخسي** ، ٢ مج ، ط - ،دار المعرفة : بيروت ،١٣٧٢ هجري .
١٢٤. السمرقندي ، علاء الدين أبو بكر محمد بن أحمد ، **ميزان الأصول في نتاج العقول** ، ط٢ ، دار التراث : القاهرة، مصر ،١٩٩٧م .
١٢٥. الشاطبي ، إبراهيم بن موسى اللخمي، **الاعتصام** ، ط٢ ، دار المعرفة: بيروت، لبنان،٢٠٠٠ م.
١٢٦. الشاطبي ، أبو إسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، ٢مج ، ط- ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، -١٩م.
١٢٧. الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس ، **الرسالة** ،ط- ، المكتبة العلمية : بيروت، لبنان ، -١٩م .
١٢٨. الشيرازي ، أبو اسحق إبراهيم بن علي ، **اللمع في أصول الفقه** ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت، لبنان ، ١٩٨٥ م .

١٢٩. الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، **المستصفى من علم الأصـــول** ، ط١ ، مؤسســة الرسالة : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧م.
١٣٠. أبو زهرة ، الإمام محمد ، **أصول الفقه** ، ط - ،دار الفكر : بيروت ، لبنان ، -١٩م.
١٣١. ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد ، **روضة الناظر وجنة المناظر** ، ط٢، جامعــة الإمام محمد بن سعود : الرياض ، السعودية ، ١٣٩٩ هجري.
١٣٢. ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر ، **أعلام الموقعين عن رب العالمين** ، ٢مج ، ط٢، دار الفكر :بيروت ، لبنان ، ١٩٧٧ م.
١٣٣. المرداوي ، علي بن سليمان ، التحبير شرح التحرير ، ٢ مج ، ط١ ، مكتبة الرشــيد للنشر والتوزيع : الرياض ، السعودية ، ٢٠٠٠م.

سابعاً : من كتب القواعد الفقهية :

١٣٤. الحموي ،أحمد بن محمد ، **غمز العيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، ٤مــج ، ط١، ،دار الكتب العلمية :بيروت ، لبنان ، ١٩٨٥م.
١٣٥. ابن رجب ، أبو الفرج عبد الرحمن، **القواعد في الفقه الإســـلامي** ، ط- ، دار الكتــب العلمية : بيروت ، لبنان ، -١٩م.
١٣٦. الزرقا ، احمد بن محمد ، **شرح القواعد الفقهية** ، ٢مج ، ط٢ ،دار القلم : دمشـــق ، سوريا ،١٩٩٨م.
١٣٧. الزركشي ، محمد بن بهادر ، **المنثور في القواعد** ، ٣مـــج ، ط٢ ، وزارة الأوقــاف والشؤون الإسلامية : الكويت ، ١٤٠٥ هجري.
١٣٨. السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، **الأشباه والنظائر في قواعد وفــروع فقه الشافعية** ، ط١ ، دار الكتب العلمية :بيروت ، لبنان ،١٩٩٨ م .
١٣٩. الندوي ، علي أحمد ، **القواعد الفقهية** ، ٢مج ، ط٤ ، دار القلم : دمشـــق ، ســوريا ، ١٩٩٨ م .
١٤٠. ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم ، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٣م .

ثامناً : من كتب التراجم والأعلام :

١٤١. ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن علي ، **الإصابة في تمييز الصحابة** ، ٩ مج ، ط١ ، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ،١٩٩٥م .

١٤٢. أبو الحسين ، محمد بن أبي يعلى ، **طبقات الحنابلة** ، ٢ مج ، ط- ، دار المعرفة : بيروت ، لبنان ، -١٩ م.

١٤٣. الذهبي ، محمد بن أحمد ، **سير أعلام النبلاء** ، ٢٣ مج ، ط٩ ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، لبنان ، ١٤١٣ هجري.

١٤٤. الزركلي ، خير الدين ،**الأعلام** ، ٨ مج ، ط١٤ ، دار العلم للملايين : بيروت، لبنان ، ١٩٩٩ م.

١٤٥. الشيرازي ، ابراهيم بن يوسف ، **طبقات الفقهاء** ، ط- ، (ب،ن) ،-١٩م .

١٤٦. ابن فرحون ، إبراهيم بن علي ، **الديباج المذهب** ،ط- ،دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ،-١٩م .

١٤٧. أبو الفلاح ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، ط- ، منشورات دار الآفاق الجديدة :بيروت ، لبنان ، -١٩م .

١٤٨. ابن قاضي شهبة ، أبو بكر بن احمد بن محمد ، **طبقات الشافعية** ، ٤ مج ، ط١، عالم الكتب : بيروت ، لبنان ،١٤٠٧ هجرية .

١٤٩. ابن كثير ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر ، **البداية والنهاية** ، ١١ مج ، ط١، دار الفكر: بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨ م.

تاسعاً : كتب أخرى :

١٥٠. الباحسين ، يعقوب ، **رفع الحرج في العقيدة الإسلامية** ، ط٣ ، مكتبة الرشد : الرياض، السعودية ، ٢٠٠٠ م.

١٥١. الزحيلي ،وهبة ، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي**، ط٢، دار الفكر:دمشق ، سوريا ، ١٩٨٢م.

١٥٢. الزرقاء ، محمد مصطفى ،**الفعل الضار والضمان فيه** ،ط١ ،دار القلم: دمشق ، سوريا ، ١٩٨٨م .

١٥٣. الزرقاء ،مصطفى احمد ، **المدخل الفقهي العام** ، ٣ مج ، ط١،مطبعة طبرين: دمشق ، سوريا ، ١٩٦٨م.
١٥٤. أبو زهرة ،الإمام محمد ، **الإمام مالك** ، ط- ، (ب، ن) ، -١٩ م .
١٥٥. السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، **جواهر العقود** ، ٢ مج ، ط١، دار الكتب العلمية : بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦ م.
١٥٦. عمر كحالة ، **معجم المؤلفين** ، ط- ، دار إحياء التراث العربي : بيروت ، لبنان ، -١٩ م.
١٥٧. فيض الله ، محمد فوزي ، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام** ، ط١ ، دار التراث : الكويت ، ١٩٨٣ م .
١٥٨. ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم ، **الإجماع** ، ط٣ ، دار الدعوة : الإسكندرية ، مصر، ١٤٠٢ هجري .
١٥٩. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية -الكويت ،**الموسوعة الفقهية** ، ٣٠ مج ، ط٢،ذات السلاسل : الكويت ، ١٩٨٧ م .

In the Name of Allah, Most Gracious, Most Merciful

Rules Governing Temporary Transference of Property to Craftsmen and Tradesmen in Islamic Fiqh

This study included a preface, an introduction and four chapters. The introduction explained the importance of transferring property temporarily to craftsmen and the reasons behind writing on this topic. In the introduction, the researcher showed the importance for Muslims to give more interest to the application of Shari`a rules pertinent to their business relations. In the preface, the researcher introduced definition of bail(temporary transference of property to another for a specific purpose), reasons for it and its legality in the holy Qur'an, the prophetic teachings and consensus of authorities.

The first chapter dwelt on scholars' opinions on bailing craftsmen. In this context, the religious scholars differentiated between a private workman and coworkers. They agreed that the private workman couldn't be bailed. However, they disagreed on the idea of bailing the coworker (craftsman) . In spite of that , the researcher supports the opinion of bailing craftsman. In the second chapter, the researcher illustrated the cases or situation in which a craftsman is bailed and the once the craftsman is allowed confiscate the property until he collects his wage. The third chapter tackled the insuring of means of transportation and the bailing to porters crafty persons and seamen .The last chapter was devoted to craftsmen and traders' perpetration of crimes against human beings. Further, the chapter detailed transference of property to physician prayer leaders, teachers and civil persons (urbans). The researcher concluded that the physician couldn't insure against harm damage resulting from treatment unless they are professionals in their work and they don't perpetrate or neglect or exceed their powers and the patient allows to treat him/her. If any of these conditions is absent, then the physicians may insure.

Pertaining prayer leaders and urbans, they can have no bails in the normal conduct of behavior. If they exceed the normal amount, they may be given appeal. The teacher has no guarantee as a result of speaking the learner in condition the learner's custodian allows him to do so. However, he should exceed the normal amount. But the teacher has to make every effort not to punish his learners.

The researcher concluded his study with a number of recommendations, which may guide those concerned on their work.

An-Najah National University
The Headquardes of Higher Studies College

Rules Governing Temporary Transference of Property to Craftsmen and Tradesmen in Islamic Fiqh

Prepared by :
Wa`el A. Al - Hashash

Supervisor:
Professor : *Amir A. Rasras*

Submitted in Partial Fulfillment of Requirements for the Degree in Master of jurisprudence.

Nablus-Palestine - 2001